El derecho en el análisis de casos: conflictos, razonamientos y decisiones

Abril Uscanga Barradas
Juan Antonio García Amado
(Coordinadores)

EL DERECHO EN EL ANÁLISIS DE CASOS: CONFLICTOS, RAZONAMIENTOS Y DECISIONES

Universidad Nacional Autónoma de México
Programa de Posgrado en Derecho

Coordinación Editorial

Abril Uscanga Barradas
Juan Antonio García Amado
Coordinadores

Carlos Humberto Reyes Díaz
Director

Abril Uscanga Barradas
Editor Responsable

José Manuel Guevara García
Editor Adjunto

Héctor Alejandro Ramirez Medina
Cuidado de la Edición

Nayade Gomez Vazquez
Apoyo Editorial

José Manuel Guevara García
Diseño de Portada y Maquetación

EL DERECHO EN EL ANÁLISIS DE CASOS: CONFLICTOS, RAZONAMIENTOS Y DECISIONES

Abril Uscanga Barradas
Juan Antonio García Amado
Coordinadores

Universidad Nacional Autónoma de México
Programa de Posgrado en derecho
México, 2020

UNAM
POSGRADO
Derecho

Primera edición, 2020

El derecho en el análisis de casos: conflictos, razonamientos y decisiones

Coordinadores:
Abril Uscanga Barradas
Juan Antonio García Amado

Diseño de Portada y Maquetación:
José Manuel Guevara García

ISBN Versión Impresa: 9-786073-032599
ISBN Versión Digital: 9-786073-032674

Derechos reservados 2020. Todos los derechos reservados conforme a la ley. Las características de esta edición, así como su contenido, no podrán ser reproducidas o transmitirse bajo ninguna forma o por ningún medio, electrónico, mecánico, incluyendo fotocopiado y grabación, ni por ningún sistema de almacenamiento y recuperación de información sin permiso por escrito del propietario del Derecho de Autor.

© Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México

© Abril Uscanga Barradas

© Juan Antonio García Amado

Hecho en México

Índice

Presentación · · · 9
Juan Antonio García Amado

Introducción · · · 13
Abril Uscanga Barradas

Proteger derechos y manejar normas. Comentario de la Sentencia SU649/17 de la Corte Constitucional de Colombia, caso de la Colección Quimbaya · · · 17
Juan Antonio García Amado

Racionalidad y valoración de la prueba · · · 45
Pablo Raúl Bonorino Ramírez

Subsunción y ponderación. Modelos de relación · · · 75
José Manuel Cabra Apalategui

Justicia electoral para la equidad de género: ¿suficiente para erradicar la violencia política contra las mujeres? · · · 101
Abril Uscanga Barradas

La "ilicitud" de la prostitución, ¿obstáculo a la laboralidad o al carácter contractual de la prestación de servicios? · · · 129
Marta Fernández Prieto

El análisis de casos en las relaciones entre México y Estados Unidos. Dos experiencias: el Capítulo XIX del TLCAN y la Maestría en Derecho Estadounidense del IIJ-INCAM · · · 169
Oscar Cruz Barney

Pandemias y epidemias: la importancia de la salud en el desarrollo de las naciones · · · 183
Javier Diez García

Presentación

Este libro que tengo el gusto de presentar se debe al tesón y el esfuerzo de la doctora Abril Uscanga, y de justicia es decirlo desde la primera línea. Muy poca labor me ha correspondido y he de agradecer el honor de figurar a su lado como coordinador y el de aportar el pequeño estudio mío que el libro recoge. Sea como sea, he apoyado con convicción el proyecto de esta obra, pues me parece acertado el enfoque e interesante la temática. Dedicaré esta breve presentación a explicar por qué.

Tengo el firme convencimiento de que no cabe buen profesor de Derecho si no se sabe mucho de Derecho. Es obvio y nadie negará que quien enseña Derecho civil, penal, administrativo, laboral, tributario, etc., tendrá que conocer la legislación y la jurisprudencia que corresponde a esa rama y que mala será su docencia si de eso no sabe y nada más que dicta definiciones, se enreda en puras disquisiciones conceptuales o se pierde en chascarrillos y anécdotas profesionales propias, generalmente irrelevantes y mal contadas. Por supuesto, ese cultivador de la dogmática jurídica será tanto mejor en su labor cuanto más domine también los fundamentos mismos de su materia, los porqués últimos. El bueno profesor de Derecho de daños, por ejemplo, algo debería haber leído y meditado de la abundante y sugerente bibliografía sobre cosas tales como el concepto de daño, la idea de causalidad o las razones de la indemnización; y lo mismo tendrá que haber hecho el penalista respecto del debate crucial sobre la justificación del castigo penal. Y así sucesivamente.

Lo que muchos no ven como tan obvio es que el cultivo de la teoría general del Derecho o de la Filosofía del Derecho presupone un saber hondo y extenso sobre el Derecho; pero no meramente sobre el Derecho en abstracto, sino también sobre las regulaciones concretas y sus aplicaciones jurisprudenciales. Alguien que explica Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho o Introducción al Derecho sin citar abundante legislación y jurisprudencia variada y sin analizar y hacer que sus estudiantes analicen todo tipo de documentos jurídicos, y que se dedique nada más que a muy abstractas elucubraciones sobre el ser y la nada, la

vida y la muerte, la justicia y la injusticia…, es como quien en Medicina explique Anatomía o Fisiología hablando de la salvación de alma o de la importancia vital del amor, cuestiones todas bien interesantes, pero que no son de ahí.

No se puede enseñar Cirugía sin saber de los detalles orgánicos y de técnicas quirúrgicas, igual que no cabe explicar Derecho administrativo o procesal sin estar al tanto de la correspondiente normativa y sus principales problemas, con su consiguiente jurisprudencia. Y, a partir de esos conocimientos precisos, es posible ascender y llegar a lo más general y abstracto. De igual manera, cómo va a dar buena cuenta de la teoría de las normas quien no tiene a mano jamás ejemplo real de ninguna o de qué manera va a disertar con alguna utilidad sobre la decisión judicial el que no leyó otra sentencia desde que terminó su carrera, tal vez hace muchos años. Los buenos mecánicos de automóviles se hacen manchándose con la grasa de los motores y no especulando sobre el dilema entre velocidad y quietud o sobre el sentido de la vida sin vehículos. Claro que tiene justificación la buena reflexión sobre la justicia social o el fundamento racional de la coacción jurídica, igual que lo tiene el pensamiento sobre la deontología médica o sobre la bioética en su relación con el ejercicio de la medicina. Pero si todos admitimos de buen grado que tales materias no pueden suplir la enseñanza de la Anatomía o la Fisiología a los médicos, ¿por qué permitimos que tantos de los que enseñan las disciplinas generales sobre lo jurídico se evadan a abstrusas regiones del pensamiento y no traten de lo que hay que tratar ni formen a los estudiantes en lo que deben ser formados? El saber no ocupa lugar, cuenta el dicho tradicional, y bien está que seamos cultos y prolijos, pero en las aulas una Facultad de Derecho pinta tan poco hablar de la filosofía de Heidegger como de los regales de Messi.

Por eso particularmente me gusta la iusfilosofía aplicada o la teoría del Derecho que no pierda pie en constituciones, códigos y repertorios jurisprudenciales. Podemos desde ahí llegar a las cuestiones más recónditas o a los temas más exquisitos que afecten a lo jurídico, pero tiene que ser desde ahí. Similar diferencia a la que existe entre la astronomía y la astrología o entre la medicina real y el chamanismo es la que hay

entre una teoría jurídica que analice seriamente su objeto y una que lo abandone y lo reemplace por lugares comunes al alcance de cualquier cuitado. Es mucha la responsabilidad social de los juristas, de nuestros "artefactos" legales y nuestras decisiones depende grandemente del destino de nuestros países, y por eso hasta la legítima busca de justicia social y orden legítimo tiene que empezar por ahí, por asumir que a esos fines solo servimos seriamente si nuestra formación técnica es excelente y dominamos las herramientas conceptuales y analíticas de lo jurídico y sobre esa base, pero necesariamente sobre esa, construimos cualquier reflexión referida a los fundamentos de nuestro quehacer. Además de juristas podemos ser filósofos, sociólogos, economistas o teólogos, pero de juristas nada tendremos si del Derecho hablamos sin saber realmente de Derecho.

Por eso me agrada el planteamiento de este libro, porque apunta en esa dirección. No es el único enfoque serio posible sobre lo jurídico, pero es un enfoque imprescindible este que tome en cuenta casos y técnicas, herramientas conceptuales y análisis de soluciones. La idea de esta obra fue de Abril Uscanga y de la UNAM, y creo que ha sido una buena idea, a la que me sumo agradecido.

Juan Antonio García Amado
León (España), 30 de junio de 2020

Introducción

Esta obra que con tanto esfuerzo y entusiasmo ha sido creada, realiza un análisis sobre las controversias que surgen y que, necesariamente, el Derecho está comprometido a prever o resolver a través del quehacer de los representantes del Estado, abogados, investigadores, estudiosos del Derecho y demás personas que tengan un interés en esta rama de las ciencias sociales, de la cual aprenderemos, en gran medida, a partir del estudio de casos como una forma de comprender la realidad y conocer el desarrollo del Derecho en aras de lograr una evolución que mira hacia el diálogo y el análisis de quienes lo estudian.

El Derecho en su calidad dinámica lleva aparejada la adopción de nuevos criterios y nuevas formas de estudiar las controversias a las que se sobrepone esta investigación exhaustiva sobre temas que aún están sobre la mesa a pesar de los años que han transcurrido desde la primera vez que fueron observados, pues sabemos que los criterios van cambiando en favor de un estudio más nutrido que permite integrar y armonizar la teoría y la dogmática jurídica.

El presente libro atiende al análisis de casos en diferentes áreas del Derecho que actualmente son parte de una discusión inacabada, lo cual nos obliga a seguir examinando los fenómenos desde nuevos enfoques que, incluso, nos permiten extender las fronteras hacia la interdisciplina.

Es por lo anterior que resulta relevante el estudio que se ha realizado en la presente obra, en donde los autores nos presentan una nueva perspectiva sobre los conflictos en el Derecho.

Dicho lo anterior, tengo el honor de presentar la obra de Juan Antonio García Amado, uno de los más importantes filósofos y teóricos del Derecho en la actualidad, quien realiza un comentario sobre la sentencia SU 649/17, la cual analiza, desde un profundo análisis teórico, la acción popular para reclamar que regrese a Colombia la Colección Quimbaya. A lo largo de su exposición hace énfasis en la importancia de las Altas Cortes, así como aboga, desde un inicio, por la coherencia en la controversia más allá de la sentencia, pues menciona que para

entender bien un litigio hay que plantearse preguntas tan básicas como importantes las cuales se resumen en: ¿cuáles son las partes del litigio?, ¿cuáles son las pretensiones de ambas partes? y ¿qué derechos deben invocarse para sustentar sus pretensiones?

El comentario de esta sentencia logra captar lo curioso e interesante de la misma, de tal modo que logra dar una explicación sobre el proceso analizando -desde las estrategias jurídicas para proteger Derechos Humanos hasta la fundamentación-, los hechos lícitos o ilícitos y el respeto al debido proceso.

El siguiente estudio contenido en esta obra habla sobre la racionalidad y valoración de la prueba, elaborado por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, habla *grosso mod*o sobre la sana crítica racional como el razonamiento que hace el juez a partir de las pruebas ofrecidas mediante las cuales realiza inferencias, siendo su propósito eliminar la discrecionalidad judicial en materia probatoria. Este análisis recae sobre las leyes de la lógica y de la argumentación jurídica, las cuales se encuentran con problemas en la práctica como lo es la complejidad de la valoración de las pruebas ofrecidas y los criterios para ello. El autor también menciona las leyes de la experiencia y de la psicología, las cuales tienen una delimitación muy ambigua, por lo que podemos encontrar durante la lectura del texto algunos problemas que enfrentan los jueces.

Por otra parte, José Manuel Cabra Apalategui, presenta una investigación acerca de algo que se ha denominado como el "sentido común jurídico" que, en gran medida, nos remite al debate sobre la ponderación con respecto a la subsunción, así como la relación que existe entre estas figuras jurídicas que en gran medida nos obliga a preguntarnos si realmente existe una distinción real entre ambas. Además, parte de su planteamiento versa sobre constatar el hecho de que las resoluciones que se brindan, sin duda, están conectadas con discusiones que la Teoría del Derecho y la Filosofía moral no han dado por finiquitadas y, probablemente, nunca lo hagan.

En cuarto lugar me permitiré presentar la modesta aportación de quien tiene el placer y honor de realizar la presente introducción. En este caso he decidido presentar un capítulo que tiene por finalidad ana-

lizar la violencia política hacia las mujeres, teniendo como caso específico a México, uno de los países que presentan una gran desigualdad de oportunidades entre sexos. En este sentido realizo un recuento histórico del problema, en el que podemos advertir que no solo se trata de un tema político, sino también lo es a nivel cultural; por ello, el enfoque de la justicia electoral recalca el gran reto que implica superar la violencia política en el marco nacional e internacional. Asimismo, el capítulo reconoce el error del Estado mexicano pasivo en la protección a la mujer y la permisión de la violencia ejercida por razones de género, aún después de las innumerables leyes, reglamentos, tratados internacionales, sentencias, y demás herramientas jurídicas promulgadas y que, en vista de la realidad, no han demostrado ser eficientes o suficientes.

Otro análisis que en los últimos años ha estado sobre la mesa, toda vez que su discusión es muy nutrida e interesante, es el elaborado por Marta Fernández Prieto sobre la ilicitud de la prostitución, pues al mismo tiempo que se admite que es una actividad arraigada en muchas sociedades actuales, también se reconoce como una de las labores mayormente marginadas.

Así pues, desde el enfoque jurídico, su regulación ha sido objeto de distintas controversias ya que, como bien se sabe, puede constituir una actividad que puede dar lugar a la explotación sexual, en la cual es recurrente que participe el crimen organizado. Para explicar este fenómeno, la autora se pregunta si para acabar con el problema será suficiente con que se regule la prostitución o, si de forma contraria, debe seguir siendo una actividad que, ante la ilicitud, deje desprotegidas a tantas personas que se dedican a ella.

Aunado a todo lo anterior, presentamos la contribución de Óscar Cruz Barney, quien realiza su aportación partiendo de la idea firme de cambiar la metodología de la enseñanza del Derecho, aludiendo específicamente al método del caso, el cual es dinámico. Del mismo modo, se centra en el alumno y atiende a la situación real donde el profesor actúa como un facilitador y la teoría debe reforzarse con la práctica, sin embargo, también plantea que el principal problema que se presenta es la adecuación de este método, ya que nace en el sistema anglosajón el cual tiene diferencias con el sistema jurídico en México.

El autor enmarca estas diferencias desde dos experiencias: el capítulo XIX del TLCAN y la maestría en Derecho estadounidense del IIJ-I.

Por último, me permito presentar un capítulo que, estoy segura, puede ser muy ilustrativo de la importancia de la interdisciplina en el Derecho. Se trata de la investigación realizada por Javier Diez García, quien nos muestra cómo la situación actual que vivimos con la pandemia a nivel mundial originada por el virus SARS-CoV2, más conocido como coronavirus o COVID-19, puede no solo llegar a representar una fuerte amenaza a la salud de la humanidad, sino también a la desestabilización de sistemas políticos, económicos y sociales, así como pueden quebrantar los Estados de Derecho aparentemente consolidado, y producir serios cuestionamientos a los organismos internacionales dedicados a velar por la salud, sus atribuciones y resultados.

Como conclusión, no me queda más que agradecer con afecto y admiración a mi gran maestro, Juan Antonio García Amado, quien me acompaña en la coordinación del presente libro, así como a los muy distinguidos autores, quienes a través de sus particulares enfoques han contribuido con gran calidad al debate jurídico, sin omitir mencionar mi agradecimiento al Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, a cargo de Carlos H. Reyes Díaz, quien ha permitido que esta obra vea la luz. Sin duda, este trabajo nunca ha pretendido presentar respuestas únicas, sino recordar que el Derecho tiene una naturaleza dinámica y dúctil que, en gran medida, lo enriquecen, por lo que considero que estamos ante una obra digna de leerse, que fomenta perspectivas analíticas y críticas muy interesantes.

Finalmente, me permito agradecer a quienes tienen en sus manos la presente obra, toda vez que es gracias a ustedes que podemos reflexionar, dudar y derrumbar los dogmas construidos frente a lo que queremos reconocer como la ciencia jurídica.

Abril Uscanga Barradas
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>

PROTEGER DERECHOS Y MANEJAR NORMAS. COMENTARIO DE LA SENTENCIA SU649/17 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, CASO DE LA COLECCIÓN QUIMBAYA

Juan Antonio García Amado*

I. Consideraciones preliminares

Como más adelante indicaré, un problema en este caso consiste en saber cuál es el conflicto, entre quién se da el desacuerdo que termina en los tribunales de la forma que veremos. Desde luego, entre las partes en este pleito, si es que pleito se puede llamar y si partes existen en él, no está ni el Estado español ni el gobierno español ni ningún español en particular, y menos este humilde profesor que suscribe. Pese a ello, y porque alguna de mis consideraciones podrá sonar crítica con la sentencia que tengo el placer de comentar, siempre habrá quien piense o quien diga que he leído el caso en clave de quien toma partido a favor de su país, puesto que la Colección Quimbaya se encuentra en un museo español y la Corte Constitucional de Colombia pareciera que está abriendo las puertas para que Colombia reclame a España la devolución de piezas tan importantes y de tan alto valor material y simbólico.

Allá cada cual con sus ocurrencias y con sus estrategias, pero nada me mueve menos que un espíritu de nacionalismo español o un enfoque "patriótico" de la cuestión. Si en mi mano estuviera, porque algún poder tuviera en mi propio país, pondría en marcha de inmediato los procedimientos jurídicos y políticos para la inmediata entrega a Colombia de la colección Quimbaya, con espíritu fraterno y el convencimiento profundo de que en ninguna parte podrán estar mejor esas joyas arqueológicas y culturales que en la tierra de la que salieron. Súmese a esa convicción mía que es mucho mi afecto a Colombia y no acierto a

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León (España). Director del máster online en argumentación jurídica de Universidad de León-Tirant Formación.

imaginarme tomando partido visceralmente en este tipo de cuestiones, como si de un real enfrentamiento entre Colombia y España se tratara. Detesto los nacionalismos, todos, y aborrezco la manipulación de los sentimientos y las emociones de los ciudadanos de cualquier lugar.

Conozco la importancia y prestigio que a lo largo de los años ha ganado con toda justicia la jurisprudencia constitucional colombiana, su influencia en toda Latinoamérica y el liderazgo de los tribunales y la doctrina de Colombia en la lucha por un mejor reconocimiento y una más plena realización de los derechos fundamentales de la ciudadanía. Respeto tales propósitos y comparto los objetivos. Si de vez en cuando discrepo, no es sobre los fines, sino respecto de los medios, pues suelo pensar que, más allá de las buenas intenciones, que no cuestiono, se maneja a veces una doctrina jurídica y constitucional que acaba teniendo efectos torcidos y sirviendo para lo contrario de lo que sus cultivadores de buena fe pretenden.

II. Breve exposición del caso de la Colección Quimbaya

Un ciudadano colombiano ejercitó, ya comenzado el siglo XX, acción popular en la que se solicitaba que, "una vez la justicia colombiana declare la violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, ocasionados con la entrega irregular de la Colección Quimbaya, por parte del Presidente encargado Carlos Holguín Mallarino al Reino de España, se ordene al Estado colombiano activar los "*procedimientos establecidos por el Comité Intergubernamental para la Promoción del Retorno de Bienes Culturales hacia sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (…) a fin de obtener, por parte del Gobierno de España y con mediación de esa organización internacional, la restitución material a Colombia de los bienes históricos y arqueológicos que integran el Patrimonio Cultural Quimbaya*". Tal entrega, parece que irregular desde el punto de vista del Derecho colombiano de aquel momento, tuvo lugar en 1893, con comunicación a la Cámara Legislativa, pero sin aprobación formal por la misma. Repito, en 1893.

En primera instancia se pronunció el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá, con fecha de 4 de septiembre de 2009, y estimó la demanda, sobre la base de amparar los derechos colectivos a la moralidad pública y a la defensa del patrimonio público que el actor había invocado. Dicho juzgado declaró la inconstitucionalidad "clara y ostensible" de la transferencia de las ciento veintidós piezas de oro de la cultura Quimbaya al gobierno español y ordenó "a las entidades accionadas iniciar y llevar hasta su culminación, todas las actuaciones de orden administrativo, jurídico, diplomático y económico inclusive que sean necesarias tendientes a repatriar y/o readquirir las 122 piezas de oro de la cultura Quimbaya, conocidas como <<Tesoro Quimbaya>>, pudiendo incluso para ello, como medida para su repatriación o readquisición, indemnizar a los tenedores de buena fe". También mandó que se conformase un "comité de verificación de las actividades consignadas en la presente sentencia", integrado por seis personas pertenecientes a seis instituciones distintas, debiendo tal comité rendir informes trimestrales al Juzgado "sobre los avances y logros de las gestiones que vienen ordenadas en la presente sentencia". Por último, se reconoció al accionante "a título de incentivo una suma equivalente al 15% del valor patrimonial de los bienes cuya recuperación realicen las entidades accionadas como efecto de las órdenes que vienen impartidas"[1].

El Ministerio de Relaciones Exteriores, el de Cultura y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República impugnaron esa sentencia y resolvió la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el cual revocó por completo el fallo anterior y declaró improcedente la acción popular "en consideración a que el actor no probó la existencia de la violación de los derechos colectivos a la fecha de producción e los hechos invocados en la demanda". El accionante presentó solicitud de revisión de la acción

---

[1] Cuando la Corte Constitucional, en su revisión de la tutela mande estar a lo dispuesto en esta sentencia del Juzgado de Bogotá, se suprimirá esta parte del incentivo económico para el accionante, por entender que ha quedado derogada su base legal por una reforma legal en el tiempo intermedio entre las dos sentencias.

popular y la Sección Primera del Consejo de Estado se abstuvo de seleccionar para revisión la sentencia correspondiente, "con fundamento en el incumplimiento de la carga justificativa que le correspondía presentar al accionante en su solicitud de revisión". Planteada solicitud de insistencia para revisión de la acción popular ante el Consejo de Estado, su Sección Primera confirmó la decisión de abstenerse de seleccionar para revisión la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Interpone tutela el accionante, alegando vulneración del derecho al debido proceso, y aduce que "la autoridad judicial accionada incurrió en los siguientes defectos: procedimental absoluto, fáctico, sustantivo, decisión sin motivación y desconocimiento del precedente judicial". Con fecha de 19 de enero de 2012, la tutela es negativamente resuelta por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que razona que "la procedencia de la acción está supeditada a que con la providencia se haya vulnerado el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia y aparezca clara su trasgresión, cuestión que a juicio de esa Corporación no se presentó, toda vez que: <<*la providencia motivo de inconformidad fue proferida conforme a los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios obrantes en el proceso y de conformidad con la normatividad aplicable al asunto. La decisión adoptada no fue tomada de forma caprichosa ni arbitraria, fue dictada acogiendo criterios legales y procedimentales y el actor hizo uso de los medios establecidos en la ley*>>". El accionante no impugnó esa decisión, que fue enviada a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Por auto de 22 de marzo de 2012, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional escogió para revisión la acción de tutela en cuestión y el 18 de abril del mismo año la Sala Plena de la Corte constitucional "asumió el conocimiento de la tutela de la referencia para pronunciarse mediante una sentencia de unificación, conforme lo ordena el Artículo 54 A del Acuerdo 05 de 1992 cuando se trata de asuntos que revisten trascendencia constitucional". Tal sentencia de la Corte Constitucional es la que aquí vamos a examinar y fue proferida con fecha de 19 de octubre de 2017.

III. Sobre la protección de los derechos y la función de las altas Cortes

A los tribunales suelen llegar conflictos para que se resuelvan conforme a derecho. Y de esa manera los tribunales protegen derechos. Si de protección de derechos hablamos, lo común es que cada parte en un conflicto judicial invoque los derechos suyos como merecedores de superior cuidado, y tendrán que ser los jueces los que, derecho en mano, den la razón a una parte o la otra. De entre los derechos subjetivos, la categoría más alta está formada por los derechos fundamentales, que son derechos que las constituciones reconocen y protegen mediante garantías especiales y en razón de su relevancia moral y social.

Creo que para entender y analizar bien un caso judicial y la correspondiente sentencia conviene empezar por preguntarse cuáles son las partes en el litigio, cuáles son sus respectivas pretensiones y qué derechos están en juego. Si estamos ante procesos judiciales resultantes de recursos y vías procesales que tienen su función y razón de ser en la protección de derechos fundamentales, es imprescindible también que atendamos a cuál es el derecho fundamental afectado, qué vulneración del mismo se alega y cuál será la solución mejor frente a tal vulneración, si vulneración hubiera.

En el caso que nos ocupa, un ciudadano colombiano hizo uso de la acción popular para reclamar que regrese a Colombia la Colección Quimbaya. Esa es su pretensión, en la idea de que procede la acción popular porque se ha violentado un derecho colectivo y dicha vulneración persiste. Así pues, se invoca un derecho fundamental, se hace uso de un instrumento procesal para su protección y se formula una pretensión, la de que los tribunales declaren vulnerados estos dos derechos colectivos o alguno de ellos, el derecho a la moralidad administrativa y el derecho al patrimonio público, y que, sobre la base de esa misma declaración, en la sentencia se ordene al Estado colombiano poner en marcha los mecanismos de Derecho internacional pertinentes para que se logre el regreso a territorio de Colombia la Colección Quimbaya.

Tratemos de ubicar aún más claramente el conflicto: el peticionario acude a la Justicia alegando la vulneración de un derecho colectivo al patrimonio cultural, vulneración que persiste al cabo de más de cien años porque las piezas de la Colección Quimbaya siguen en España. Mas el conflicto jurídico que ante los tribunales colombianos se plantea con esa acción colectiva no es con España ni puede serlo, sino con el Gobierno de la Nación. ¿Por qué? Porque el Gobierno de Colombia no ha reclamado del de España el retorno de la Colección Quimbaya. ¿Se ha negado el Gobierno de Colombia a hacer dicha reclamación? De lo que en la sentencia se explica no se sigue tal cosa. Una iniciativa como la que del Gobierno colombiano se pide forma parte, con toda claridad, del ejercicio discrecional legítimo del gobierno, y más cuando se trata de relaciones internacionales, de relaciones entre Estados. Así pues, el accionante no ejercita la acción popular contra una acción positiva del Gobierno o contra una decisión de no hacer consecutiva a una petición de que hiciera, sino contra una inacción que es mero ejercicio de la discrecionalidad gubernativa. El conflicto o enfrentamiento, por consiguiente, se da entre el accionante y un Gobierno que, al haber ejercitado su genuina y legítima discrecionalidad en un asunto de relaciones internacionales, no ha hecho lo que el accionante querría que hubiera hecho. Y, en semejante tesitura, la Corte Constitucional falla que debe el Gobierno, *en uso de su discrecionalidad*, poner en marcha una serie de medidas que el Derecho internacional permite para este tipo de reclamaciones, medidas que la propia Corte Constitucional enumera, sistematiza e interpreta para el caso.

De todo ello se desprende una disyuntiva curiosa: o bien en verdad la discrecionalidad del Gobierno en política internacional no existe sino en aquellos campos en que el Gobierno no reciba una orden de los tribunales para hacer algo concreto en tal ámbito, o bien tal discrecionalidad sí existe, y además con plena base jurídica y constitucional, y entonces sentencias como esta serían mera manifestación de lo que suelo denominar jurisprudencia simbólica. Por tal entiendo la constituida por decisiones judiciales con gran eco mediático y repercusión en la opinión

pública favorable a los órganos que las emiten, pero carentes de efectos tangibles y que, a la postre, en poco mejoran la situación de los titulares de los derechos invocados, si los hubiera. Con un posible efecto cuestionable a medio o largo plazo: hacen que cunda en la ciudadanía y en los agentes públicos y privados la convicción de que la lucha por los derechos es más que nada una lucha retórica y de que lo que más importa tal empeño es la dimensión simbólica. Complacidos los ciudadanos de un país porque se nos ha dicho que tenemos un derecho fundamentalísimo a que se nos haga tal cosa o se nos dé tal otra, nada se altera ni recibimos ni un ápice de eso que tan enfáticamente se dice que nos pertenece, pero gozarán para siempre de nuestra simpatía y gratitud esos órganos judiciales que tal alto nos valoraron.

Lo primero que puede chocar es la mecánica procesal, unida a las soluciones sustantivas. Un europeo no es ni mejor ni peor que un latinoamericano, en nada ni para nada. Así que las comparaciones tómense sin más intención que la de hacer un poco de Derecho comparado, para que entendamos mejor todas las dinámicas y alternativas. En Europa, y también en todo el ámbito tan amplio del *Common Law*, se está más acostumbrado al empleo del Derecho de daños. Quien considera vulnerado un derecho, sea uno individual suyo o sea un derecho colectivo que le afecta, y estima que de tal vulneración se sigue un daño, acude a los tribunales por la vía procesal oportuna y reclama reparación o compensación por dicho daño, amén de otras posibles medidas para que el perjuicio cese o, en su caso, para que se examinen otras posibles responsabilidades jurídicas, empezando por las penales. Y los tribunales suelen ser muy receptivos, de modo que la condena a indemnizar por daño a todo tipo de derechos se convierte en uno de los más fuertes acicates para que tanto las entidades públicas como los sujetos privados obren con el debido cuidado y con respeto a los derechos de todos.

Pondré un ejemplo y, de paso, hagamos un poco de teoría. Supongamos un país cualquiera, en un lado o en otro, e imaginemos que en tal país las cárceles son escasas y están en pésimas condiciones, de manera que viven los presos en muy lamentables circunstancias de hacinamien-

to e insalubridad, lo que da pie a los problemas habituales y sabidos: agresiones, desórdenes, enfermedades y muertes, etc., además de que ni la más remota posibilidad queda de que puedan así las penas de prisión cumplir una función resocializadora. Es obvio que hay un puñado de derechos fundamentales que están en grave riesgo y que serán una y otra vez violentados. Y es de esperar que, en aras de la mejor salvaguardia de los derechos, el legislador haya previsto mecanismos procesales y los tribunales los apliquen buscando la mayor eficiencia protectora. Si dejamos fuera de nuestra consideración aquí la acción punitiva del Derecho penal, tan complicada siempre en contextos como el descrito, y si hacemos abstracción también de las peculiaridades del Derecho penitenciario, dos son las estrategias jurídicas posibles.

La primera estrategia consiste en articular acciones y procedimientos para que o bien los propios presos o sus parientes o allegados, o bien cualquier ciudadano, pueda presentar en vía judicial reclamaciones para que en sentencia se reconozca la situación de riesgo o vulneración cierta de los derechos en juego y para que los propios tribunales ordenen a las administraciones competentes tomar medidas para revertir esa situación y que se acabe la violación masiva de los derechos de los presos. De ese modo, el poder judicial asume un papel activo en el planteamiento u orientación de políticas públicas, cuestión que puede suscitar disquisiciones teóricas de mucho interés, en las que aquí no voy a entrar. Lo que sí importa subrayar es que la eficacia de mecanismos de este tipo estará muy directamente condicionada por el respaldo sancionatorio que tengan tales órdenes judiciales. Así, un tribunal puede fallar que en tal o cual cárcel o que en todas las del país se vive una situación incompatible con el respeto de los más elementales derechos de los presos y, sobre esa base, ordenar al Estado la construcción de diez nuevas prisiones de amplia capacidad y modernas condiciones en un plazo máximo de tres años. Y puede complementariamente ese tribunal disponer que se forme una comisión integrada por veinte personas provenientes de diferentes ámbitos de experiencia, encargada de vigilar el cumplimiento de aquella orden de construir cárceles nuevas, debiendo

reunirse dicha comisión al menos una vez al mes y emitir al menos un informe al trimestre, etc., etc.

¿Cuál podrá ser el fruto o utilidad de una estrategia así? En el plano político, tendrá el efecto que tenga, según las circunstancias del país en el momento y en razón de toda una serie de condicionantes que no dependen el control judicial en modo alguno. Por ejemplo, esas sentencias que vienen a denunciar el pésimo estado de las cárceles calarán más o menos en la opinión pública según la idea del delito, los delincuentes y las penas en la opinión pública predomine; en algún caso puede no ser descartable que tales condenas acaben por dar más votos y buen rédito político al partido de gobierno que en tan malas condiciones mantiene a los presos.

¿Y por el lado propiamente jurídico? No hace falta profesar una gran fe kelseniana para asumir que las normas sin sanción suelen acabar en papel mojado. Si resulta que pasaron los tres años y otros tres y ninguna cárcel nueva se levantó y los penados siguen igual en las que había, y si resulta también que no hay cómo procesar por desobediencia o ilícito similar a los cargos públicos que desatendieron el mandato judicial, habrá sido un esfuerzo vano, desorientado y algo cruel, por mucho que la comisión aquella siga juntándose mensualmente y sacando papeles. No se dirá esto si en ese sistema jurídico sí están previstos mecanismos eficientes para hacer efectivas esas medidas que los jueces ordenan y para que los mandatarios públicos poco diligentes o abiertamente desobedientes respondan por incumplimiento, cuando incumplimiento haya.

Una estrategia diferente es la del Derecho de daños. De lo que ahí se trata es de que haya vías expeditas, en el papel de la ley y en la práctica de los jueces que aplican la ley, para que quienquiera que en la cárcel ve desconocido su derecho y sufre daño físico o moral reclame y consiga la indemnización pertinente. Si cada vez que un preso muere en prisión por una infección contraída por causa de las malas condiciones de las instalaciones o por el deficiente servicio médico, o cada vez que un preso es herido de gravedad con un arma que en la cárcel no debería estar o cada vez que un preso sufre y prueba una agresión sexual, aun cuando ni siquiera llega a saberse quién fue el autor, la correspondiente acción

de reclamación de responsabilidad termina en una condena para que el Estado indemnice a la víctima (o a sus deudos, si hubo muerte) con cien mil dólares, probablemente acabará siendo fuerte el incentivo para que el Estado y sus servidores cambien sus actitudes y sus preferencias. Y si al funcionario o empleado de turno y en algo culpable por su desidia se le hace, ley en mano, personalmente responsable y obligado a pagar tales indemnizaciones, con el Estado como responsable civil subsidiario, seguramente tendremos la solución más eficiente.

En suma, la pregunta versa sobre cuál de esas dos estrategias jurídicas será más eficaz a la hora de proteger derechos, si la que pone a los jueces a diagnosticar vulneraciones de derechos sin poder tomar más medida efectiva que la de ordenar acciones a los poderes públicos, acciones cuyo control seguramente no tienen los jueces luego, o la de atender demandas por daños y compensar a las víctimas de manera tal que al Estado y a los poderes públicos deje de serles rentable esa situación en que los derechos de los ciudadanos se desconocen. Por si lo queremos con otro ejemplo, hagámonos esta otra pregunta: ¿se consigue una mejor sanidad ordenando los jueces que se hagan más hospitales o si los jueces condenan al Estado a pagar medio millón de dólares por cada paciente muerto por pésima atención hospitalaria pública y además condenan penalmente al responsable directo del servicio médico por homicidio imprudente, como mínimo? ¿Y qué tal si, de paso y en este ejemplo, combatimos el corporativismo de los médicos y endurecemos un poquito las penas por falsedad en dictamen o testimonio y hacemos más viable el éxito de los demandantes mediante técnicas de facilitación probatoria o inversión de la carga de la prueba en casos en los que puedan aplicarse nociones como la de *res ipsa loquitur*?

IV. ¿La Corte Constitucional como tribunal de casación?

Volvamos al caso y sentencia que nos ocupan en este comentario. Una formidable maquinaria procesal se ha puesto en marcha. Un ciudadano ha ejercitado una acción popular por la vulneración de un derecho

colectivo o dos, de resultas de aquella "donación" que un Presidente de Colombia hizo a España de la Colección Quimbaya en el siglo XIX. En primera instancia se le da la razón y en segunda instancia se anula la sentencia anterior y se rechaza en su integridad la pretensión del demandante. Como ya no cabe más recurso ordinario, el ciudadano en cuestión interpone una acción de tutela, esta vez porque entiende que se le vulneró, a él, el derecho fundamental al debido proceso, por lo que solicita que el órgano judicial que resuelve la tutela revoque la sentencia de segunda instancia y mantenga en todos sus términos la sentencia primera. La tutela le corresponde resolverla a la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que la rechaza por improcedente, alegando que el actor "no puede pretender a través del trámite de la acción de tutela abrir nuevamente el debate probatorio, por encontrarse en desacuerdo con la valoración de los documentos que fueron aportados al expediente" y que "la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo a los medios de defensa consagrados en la ley, ni puede convertirse en una instancia más a la que se pueda recurrir con el fin de controvertir unos argumentos que debieron ser materia de estudio por el juez ordinario, pues de permitir tal posibilidad se desnaturalizaría la acción de tutela como mecanismo residual y subsidiario de protección de los derechos fundamentales".

El accionante no impugnó esa decisión. La Corte Constitucional selecciona dicha tutela para revisión, decide sobre el caso en la sentencia que comentamos y no lo hace examinando meramente si, por alguna de las razones alegadas por el demandante, había habido en la resolución del Consejo de Estado vulneración de su derecho al debido proceso, sino entrando en el fondo del asunto, del asunto decidido por la sentencia de primera y segunda instancia. Con lo cual llegamos a una bien sorprendente peculiaridad del sistema procesal colombiano, que ni alabo ni critico, sino que simplemente constato: a través de la revisión de tutelas, la Corte Constitucional se convierte en una ulterior instancia para decidir sobre el fondo del asunto, entrando a conocer de los hechos y del derecho del caso y operando como un tribunal de casación, pero

con la particularidad llamativa de que no lo hace así a instancia de parte, sino cuando discrecionalmente decide revisar tal o cual tutela.

Se dirá que así es y que bien está, ya que todo ello es en pro de la mejor garantía de los derechos fundamentales. Pero, muy consideradamente, me permito replicar que no hay ni un solo pleito, ni uno, verse sobre lo que verse, que no guarde relación con algún derecho fundamental de alguien, y, siendo eso así, supone que la Corte Constitucional puede decidir sobre el fondo de cualquier pleito que en Colombia acontezca, con tal de que contra la sentencia se haya interpuesto una tutela. Este caso que examinamos es un buen ejemplo, pues se revisa una tutela y se entra en el fondo de un asunto que trata de un derecho colectivo al patrimonio cultural en un pleito que versaba sobre si tienen obligación o no los poderes estatales para poner en marcha vías de Derecho internacional para reclamar a otro Estado una colección de importantes bienes arqueológicos que hace más de un siglo la Presidencia de Colombia cedió de modo que para el derecho interno era ilegal. Y, para fallar, la Corte Constitucional entra hasta en el análisis de las normas de Derecho internacional que pueden venir al caso, cual si fuera un tribunal internacional el que estuviera decidiendo.

Trato de explicarlo más claramente. Si cada vez que la Corte Constitucional estima que a un accionante no se le ha aplicado de la debida manera el derecho sustantivo, la misma Corte considera que se ha violado el debido proceso, entonces la Corte es un tribunal de casación, si bien con la peculiaridad de que al mismo se llega previo ejercicio de una tutela y de que es la propia Corte la que, mediante la selección de las tutelas, decide cuándo opera como tal tribunal de casación. Se podrá aducir que es un efecto necesario del fin protector de los derechos fundamentales que corresponde a la tutela en el sistema colombiano, y bien está ese argumento, posiblemente. Pero en este caso que analizamos se ha forzado en exceso la paradoja interna, a riesgo de dañar el sentido mismo de la tutela, ya que no está en juego la protección inmediata de un derecho de alguien o de un colectivo, derecho cuyo daño va a ser definitivo e inexorable sin su protección así, mediante la tutela. En este

caso no está en juego nada, porque todo se limita a dar al Gobierno una orden para que intente algo en un campo en el que el criterio es por definición discrecional y político. Si el Gobierno nada hace, ninguna responsabilidad se seguirá para nadie nunca; si algo intenta, para nada la suerte del intento dependerá de lo que la Corte Constitucional haya dictaminado, sino de los acuerdos políticos entre Estados o de algún órgano de Justicia del Derecho internacional. Y si la Justicia internacional decide, será aplicando el Derecho internacional a su modo y con su criterio, pues ningún órgano internacional está vinculado por las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, y menos cuando dictamina sobre lo que no es propiamente su competencia ni su función, la aplicación del Derecho internacional en asuntos de las relaciones entre Estados.

A veces el derecho lleva directamente a la melancolía.

V. Sobre la titularidad última del derecho y el lugar pertinente para el Tesoro Quimbaya

La sentencia es larga. Entre las ideas que varias veces se reiteran en ella está la de que la Colección Quimbaya forma parte del patrimonio cultural de Colombia y es, además, elemento esencial del legado cultural del pueblo Quimbaya. Se nos explica que, si bien el pueblo Quimbaya, de resultas de "la campaña sistemática de exterminio de la corona española", se extinguió en torno al año 1700, "aún permanecen en el territorio sus descendientes: los Embera Chamí, los Embera Katío, los Embera Dobida y los Quichuas". Es, pues, un pueblo extinguido, pero con descendientes, y con tales descendientes, "el Estado tiene una responsabilidad que trasciende el mero reconocimiento, estando obligado a proteger las expresiones culturales, entre las cuales se incluyen las lenguas, las costumbres y los objetos representativos, como en efecto lo es la Colección Quimbaya"[2].

---

[2] Insiste la sentencia en que "Las comunidades que ancestralmente habitaron el territorio del Departamento del Quindío fueron, entre otros, los indígenas Pijaos, Carrapas y Quimbayas. Estos últimos fueron exterminados, y, si bien actualmente

Recordemos que, según la narración que nos hace la sentencia, había un particular, apellidado Lozano Torrijos, que el 20 de agosto de 1891 "vendió la colección Quimbaya al Gobierno de la República de Colombia, representado para tales efectos por los señores Carlos Uribe y Marco Fidel Suárez por un valor de $70.000; *transfiriéndose por el mismo hecho al Gobierno la propiedad de aquella colección de objetos para que pueda disponer de ella como a bien lo disponga*". No consta de qué manera el llamado Tesoro Quimbaya llegó a manos del señor Lozano Torrijos, pero no parece difícil imaginar que no sería porque amistosamente se la donaran y de buenas maneras se la vendieran aquellos pueblos descendientes de la cultura Quimbaya que seguían y siguen poblando parte del territorio del Quindío. Un año después, el Presidente de la República, señor Holguín Mallarino, comunica de modo oficial a las Cámaras Legislativas que ha enviado a Madrid esa colección de valiosísimas piezas, primero para que se exhiba en la Exposición Universal y luego para que quede como regalo para el Gobierno de España, "en agradecimiento *por el gran trabajo que se tomó en el estudio de nuestra cuestión de límites con Venezuela y la liberalidad con que hizo todos los gastos que tal estudio requería*". El 4 de mayo de 1893 se hizo entrega formal de dichas piezas a la Reina Regente, en Madrid. Una clave fundamental en esta sentencia se halla en que el Presidente de la República obró de modo contrario a la Constitución Política de 1886, al no contar con la autorización formal de las Cámaras Legislativas para esa donación de lo que era un bien fiscal del Estado, y al no haber procurado tampoco el acuerdo de las Cámaras para suscribir el correspondiente tratado entre ambos Estados, Colombia y España.

Desde el punto de vista del Derecho internacional habrá que ver cuánta razón acompaña a la Corte Constitucional al hacer sus calificaciones conforme a tal normativa y, además, habrá que saber si, de

---

no existe la comunidad que elaboró la colección objeto de la *litis,* subsisten las comunidades indígenas que descienden de ésta, frente a las cuales el Estado tiene una responsabilidad que trasciende al mero reconocimiento, estando obligado a proteger sus expresiones culturales, entre las cuales se incluyen las lenguas, las costumbres y los objetos representativos de su cultura, como en efecto lo son las piezas de la Colección Quimbaya".

acuerdo con las normas internacionales que vengan al caso, estamos ante una donación válida entre Estados, aun cuando el donante hubiera podido vulnerar normas del derecho interno de su estado, y habrá que saber también si hasta tan atrás llega la aplicación de tratados internacionales sobre devolución de patrimonio cultural que se suscriben ochenta o noventa años más tarde. Pero eso no es lo que en este preciso momento me interesa analizar, aunque habrá que volver sobre tal tema más adelante.

A lo que ahora voy es a que da la impresión de que todo empezó en un despojo que en el siglo XIX padecieron esos pueblos indígenas que son herederos o culturalmente descendientes del pueblo Quimbaya. Mucho resalta la sentencia el valor simbólico y la relevancia identitaria que piezas como esas del Tesoro Quimbaya tienen para esos pueblos originarios y, por extensión, para la nación colombiana por entero. Cierto que el Tesoro acabó en España, de resultas de una donación que a lo mejor no lo era plenamente según el Derecho colombiano del momento, donación o regalo que hace con toda la formalidad y parafernalia el Presidente Holguín Mallarino. Pero cierto también que antes de que de ese modo el Tesoro se enviara a España, el Estado lo había comprado a quien no consta que lo adquiriera de modo lícito. Así que los pueblos indígenas que descienden de los quimbayas se ven primero privados de sus piezas culturales emblemáticas, que son llevadas a Bogotá, y luego esas piezas son dadas como regalo a España, regalo no acorde al Derecho colombiano.

Modestamente, si este servidor hubiera sido quien en ese marco ejerciera la acción popular a comienzos del siglo XXI, lo habría hecho para reclamar del Estado colombiano una fuerte indemnización para las comunidades indígenas; o si hubiera sido el abogado de esas comunidades, tal cosa les habría aconsejado. Es más, me tomo el atrevimiento enorme de recomendarles aun que tal reclamen todavía, y que lo hagan basándose en los argumentos tan propicios que les brinda la Corte Constitucional. Me parece del todo procedente solicitar indemnización por el daño tan grande causado por el Estado a sus derechos como

comunidades originarias y a su propio y particular patrimonio cultural, daño que, además, ocurrió probablemente en el marco de una vulneración de la moralidad administrativa. Eso no es contradictorio con el fallo de la Corte Constitucional que ordena al Gobierno de la Nación poner en marcha los mecanismos internacionales para recuperar la colección. En todo caso, con la eventual devolución de la colección, que en ningún caso podría acabar en un museo bogotano[3], se pone fin al daño para el futuro, pero ni se sana ni se compensa el daño anterior, por completo debido a un obrar del Estado colombiano que fue vulnerador de la Constitución de 1886 . Se puede considerar que si el Estado no compensa a esos grupos que padecieron la pérdida, sigue desatendiendo preceptos constitucionales, básicamente los que en la Constitución se citan sobre derechos colectivos sobre el patrimonio cultural y, además, el artículo 90, que señala que "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

Como no colombiano, cometo osadía grande al razonar así e intentando compensar con sentido común jurídico lo que de detalle desconozco del ordenamiento jurídico de Colombia. Discúlpeseme, en lo que yerre, por la bondad de mi intención y el tamaño de mi sorpresa, pues mucho me costaría entender que una Corte Constitucional que se atreve a ordenar al Gobierno una medida de política internacional no fuera capaz de mandar al Estado mismo compensar a quienes padecie-

---

[3] Donde quiero pensar que tampoco estarán las piezas del Tesoro Quimbaya que no viajaron a España, pues es de suponer que, por lo mismo que la Corte explica, se encontrarán en alguna parte del Quindío, como seña de identidad y símbolo querido que son de los pueblos que allí habitan y que de los quimbayas descienden. Recuérdese que en 1891 la Nación colombiana compró al señor Lozano Torrijos cuatrocientas treinta y tres piezas del conocido como Tesoro Quimbaya, de las que 122 fueron las que se mandaron a España. No se olvide tampoco que expresamente dice la Corte que "la Colección Quimbaya pertenece a pueblos indígenas que aún habitan el territorio y que forman parte de nuestra plural Nación" y que "el Estado colombiano debe procurar que las reliquias más representativas de esos pueblos regresen al territorio en el que fueron creadas".

ron semejante expolio de símbolos fundamentales de su identidad por obra de un Estado, el suyo, que no protegió desde antiguo el patrimonio de los pueblos y, para colmo, regaló ilegalmente a potencias extranjeras partes sustanciales del mismo. No sé, propiamente no sé, si habrá instrumentos de Derecho internacional para hacer que España restituya la Colección Quimbaya a Colombia, aunque hago mis más sinceros votos para que tal restitución ocurra, por vía del amistoso acuerdo, a ser posible, o con base en los instrumentos de la legalidad internacional, si otra vía a Colombia no le quedara. Pero, entretanto, lo que sí sé es que sería complicado entender que, en Colombia y con su sistema jurídico presidido por la ejemplar Constitución de 1991, no hubiera herramientas para que el Estado indemnice como debe a los pueblos cuyo expolio, en este caso, el Estado permitió y hasta consumó. Véase ahora por qué dije antes que el Derecho de daños es herramienta importantísima en la lucha por los derechos fundamentales y que mal se respetan a la hora de la verdad esos derechos donde el Derecho de daños no recibe la atención y aplicación debidas.

De la recta intención de la Corte Constitucional para nada dudo, en modo alguno. Y también es cierto que quiso revisar la tutela en la que había acabado un caso que, cuanto menos, es extraño, pues lo que el accionante reclama no es la indemnización de los que vieron vulnerado su derecho fundamental. Pero, intenciones al margen, la paradoja es llamativa. Debería haber sido llevada la Corte Constitucional, de resultas de una demanda o hasta de una acción popular con otro *petitum*, a fallar sobre derechos y con medidas que en verdad restauraran el derecho en la mayor medida posible y de conformidad con el derecho interno colombiano y con la Constitución de la que es la Corte guardián supremo. Y, sin embargo, acaba dictaminando sobre Derecho internacional, sin compensación alguna para los que vieron su derecho negado durante más de un siglo, y ordenando al Gobierno que haga algo en política internacional, sabedora en el fondo la Corte de que ni puede ella controlar el resultado, ni le es posible siquiera hacer efectivo frente

al Gobierno su mandato, más allá de que haya creado un comité[4] que hará informes periódicos. O, dicho más crudamente, las ciento noventa y siete páginas de sentencia favorable a ese derecho colectivo al patrimonio cultural, derecho que lo es ante todo de ciertos pueblos indígenas del Quindío, termina en una orden para que el Gobierno haga una petición que no se sabe si va a hacer, a otro Gobierno que no se sabe si la va a atender y sin que tampoco tengamos idea de cómo dirimiría el Derecho internacional el conflicto jurídico entre esos dos gobiernos, si conflicto jurídico llegara a darse.

VI. Sobre tiempos y normas

Las cuestiones de vigencia y aplicabilidad de las normas en el tiempo son posiblemente la parte más sustanciosa de cuantos temas se tocan en esta sentencia, al menos desde la perspectiva de la teoría del derecho.

El hilo temporal que relaciona hechos y normas podemos verlo de la siguiente manera.

(i) En algún momento que no se especifica, pues parece que no se estima relevante para el caso, el señor Lozano Torrijos recibe o se hace con las piezas de la Colección Quimbaya. Se carece, pues, de toda in-

[4] El punto cuarto del fallo dice así: "Confórmese un Comité de Verificación de las actividades consignadas en la presente sentencia, el cual estará integrado por las siguientes personas: Un (1) delegado del Ministerio de Cultura, un (1) delegado del Ministerio de Relaciones Exteriores, Un (1) delegado del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, un (1) representante de la Academia de Historia del Quindío, Un (1) delegado de la Procuraduría General de la Nación, y un (1) delegado de la Defensoría del Pueblo, quien lo presidirá. Ofíciese a las autoridades respectivas para que materialicen la conformación del Comité de verificación creado, quienes rendirán informes semestrales a este juzgado sobre los avances y logros de las gestiones que vienen ordenadas en la presente sentencia". Se está reproduciendo esa parte del fallo que se contenía en de la sentencia emitida por el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá".
Entiendo que será a ese Juzgado al que habrán de rendirse semestralmente los informes por el Comité. Y, si he entendido bien, no se prevé que en tal Comité se integre ningún representante de aquellos pueblos del Quindío cuyo derecho fundamental se ha vulnerado antes que el de ningún otro.

formación sobre cuánto de legal o ilegal pudiera haber en tal adquisición o apropiación.

(ii) El Código Civil colombiano está vigente desde 1873. Su artículo 674 dice esto que nos recuerda la sentencia: ""*Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales".*

Para la Corte Constitucional no cabe duda de que las piezas de la Colección eran bienes fiscales, a tenor de ese precepto del Código Civil.

En la argumentación de la Corte Constitucional en esta sentencia es absolutamente decisiva la idea de que la Colección Quimbaya constituía un bien de la Unión o bien fiscal en el momento en que, en 1892, el Presidente Olguín Mallarino comunica a las Cámaras Legislativas que envía las piezas a España y cuando en 1893 se consuma la entrega al Gobierno español. Aquí se despierta una primera curiosidad: ¿son bienes de la Unión en sí y por sí en esos momentos o lo son desde que el Estado colombiano los compró en 1891 y por razón de que es el Estado desde entonces su propietario? Si lo son en sí y por lo que significan, lo eran ya cuando el señor Lozano Torrijos los tenía como suyos y por ser suyos los vendió al Estado, con lo que tenemos al Estado comprando algo que según el artículo 674 del Código Civil ya pertenecía a la Unión; y si esas piezas son bienes del Estado porque las compró y desde que las compró, llegaríamos a la chocante idea de que un Estado necesitaba desde 1886 autorización expresa de las Cámaras Legislativas para donar cualquier cosa de tu titularidad, y tratado internacional para donarlo a otro estado.

(iii) En 1886 entra en vigor la Constitución de la República. Su artículo 76.9 decía esto: "*Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones (…) 9ª. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita nacional*".

Considera la Corte que "bienes fiscales" del Código Civil y "bienes nacionales" de la Constitución de 1886 son lo mismo, y que tal eran las piezas de la Colección Quimbaya. También entiende la Corte que, de conformidad con el artículo 76.20 de la Constitución, se necesitaba un tratado internacional, aprobado por el Congreso, para que se pudiera entregar un bien fiscal a una potencia extranjera[5].

Según vemos en la sentencia, la Corte estima que la entrega a España de ciento veintidós piezas de la Colección Quimbaya se hizo sin que mediara aprobación del Congreso de la República y sin tratado internacional alguno sobre la materia, "razón por la cual, desde la perspectiva del derecho civil vigente, el acto de entrega de los bienes fiscales implicó que operará un *modo*, mas no un *título*. En consecuencia, la titularidad de dichos bienes arqueológicos aún es de la República de Colombia y, en tal sentido, no se debe hablar de transferencia del dominio".

Es enorme la cantidad de interesantísimas cuestiones jurídicas que aquí se suscitan y que la Corte no se plantea, tal vez para no hacer su sentencia todavía más extensa. Menciono solo un par de ellas. En primer lugar, pareciera que en el Derecho Civil colombiano la entrega en propiedad de un bien según modo, pero sin título, no se sana nunca. Supongamos que la donación de las piezas las hubiera hecho el Presidente de la República a un particular colombiano, persona física o jurídica, no a un Estado extranjero, y que lo hubiera hecho sin autorización del Congreso. Asumido que esas piezas sean bienes nacionales (si no lo son, decae por completo el argumento principal de esta sentencia), vemos que el artículo 76, 9º exige autorización del Congreso para su enajenación, para cualquier enajenación y no solo a otro país o a un extranjero.

---

[5] A tal conclusión llega la Corte a partir de estas dos fuentes: artículo 76.20 de la Constitución de 1886: "*Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:* […] *20. Aprobar o desaprobar los Tratados que el Gobierno celebre con Potencias extranjeras"*. Y artículo 120.10: *Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:* […] *10. Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás Potencias o Soberanos, nombrar libremente y recibir los agentes respectivos, y celebrar con Potencias extranjeras tratados y convenios*".

Póngase que en 1893 se donó o vendió por la República a un privado colombiano una parte de aquella colección del Tesoro Quimbaya. Y supongamos que ahora, en 2020, el Estado reclama a los tataranietos del primer adquirente su devolución, porque hace ciento veintisiete años la transmisión de esa propiedad se hizo según modo, pero sin título. ¿Realmente deberían devolver dichas piezas y no se habría consolidado de ningún modo su propiedad, en conformidad con algún otro precepto del Código Civil? Si dijéramos que sí es pleno ya el derecho de propiedad de esos herederos conforme al derecho colombiano interno, y puesto que esta sentencia aplica derecho interno para enjuiciar los efectos de una enajenación en 1893 al Gobierno de España, ¿por qué no se aplica hasta el final ese derecho interno y se concluye de ahí que también esa transmisión se habría consolidado en sus plenos efectos jurídicos?

Segunda cuestión. Alguien puede replicar que el derecho que ha de aplicarse para eso último no es el colombiano, sino el Derecho internacional. Incidentalmente se podría empezar por responder que, si es así, por qué se insiste todo el tiempo en que la transmisión a España fue inválida según el Derecho colombiano. Pero, sobre todo, si ahí se nos lleva, habrá que preguntarse qué estipula el Derecho internacional para los casos de ese tipo. ¿Cuáles casos? Aquellos en que un Estado, que en ningún ilícito incurre de acuerdo con su derecho interno y del que no se dice que haya hecho entonces nada ilícito según el Derecho internacional, recibe una donación de otro Estado, donación que puede que no valga según el derecho del país donante, pero ¿y respecto del Derecho internacional? ¿Por qué en la sentencia nada se dice sobre ese asunto capital, el de si el Derecho internacional de fines del siglo XIX tenía herramientas normativas desde las que se pudiera declarar la invalidez de la donación según tal sistema y en aquel momento?

La respuesta parece obvia: en aquella fase absolutamente primaria del Derecho internacional, nada de eso había. Así que tendríamos que buscar normativa internacional de hoy, si para el caso la hubiera, para aplicarla retroactivamente, siglo y pico de retroactividad. Pero, ¿qué dice el Derecho internacional de hoy de un caso como este, si hoy se

diera? La Corte se extiende en normas internacionales que regulan la restitución de bienes que forman parte del patrimonio cultural de un Estado y que han sido ilícitamente llevados a otro estado o mantenidos a él. Pero ahí está la cuestión decisiva: desde el punto de vista del Derecho internacional ¿hay algún componente de ilicitud en la tenencia por España de las ciento veintidós piezas del Tesoro Quimbaya? Eso no lo explica la Corte, ni es en verdad cuestión de su competencia. Lo que la Corte hace es repasar las herramientas convencionales con que en Derecho internacional se regula hoy en día la petición por un Estado de que otro le devuelva partes de su patrimonio que están en su posesión, ya sea por alguna adquisición ilícita según el Derecho internacional o ya sea porque el Estado aquel quiere recuperarlas ahora, aunque no se le arrebataran con ilicitud.

(iv) En la secuencia temporal llegamos a la Constitución de 1991. Su artículo 8 establece el deber del Estado de proteger los bienes culturales de la Nación; el 63 estipula que el patrimonio arqueológico de la Nación es inalienable, imprescriptible e inembargable; el 72 dice que el patrimonio cultural de la Nación está bajo protección del Estado; el apartado 8 del artículo 95 manda a todos los colombianos proteger los recursos culturales del país y el artículo 102 dispone que el territorio y los bienes públicos que de él forman parte pertenecen a la Nación. El artículo 88 regula las acciones populares para proteger derechos e intereses colectivos.

Con toda esa rica normativa constitucional, queda bien patente que de 1991 en adelante sería vulneración flagrante del orden constitucional la donación de bienes como los de la Colección Quimbaya a un Estado extranjero. Ninguna duda cabe. Ahora bien, ¿es retroactivamente aplicable esa normativa o parte de ella? Como parece fuera de duda que las piezas de la Colección Quimbaya son parte del patrimonio arqueológico de Colombia, y como tal patrimonio, de conformidad con el artículo 63 de la Constitución, es inalienable, imprescriptible e inembargable, si ese artículo constitucional se aplica retroactivamente, cabe que el Estado colombiano reclame la devolución de todo objeto que forme parte del

patrimonio arqueológico de Colombia y que haya sido alienado, ya haya sido formalmente válida o inválida, lícita o ilícita en su momento dicha trasmisión. O sea, que aunque el presidente Holguín Mallarino en 1892 hubiera obtenido la autorización del Congreso para regalar las piezas al Gobierno de España, la restitución podría solicitarse igualmente ahora mediante acción popular, pues se trata de piezas que el artículo citado declara inalienables y que nunca pudieron ser alienadas si retroactivamente lo aplicamos. Así que dejan de tener importancia las continuas menciones que la sentencia hace sobre que aquellas piezas eran bienes fiscales y que se incumplió la normatividad de entonces por donarlas sin autorización parlamentaria. Fueran bienes fiscales o se calificaran de otra manera, lo que importa es que conforme al criterio de hoy sean parte del patrimonio arqueológico, y con eso bastaría para que la Corte Constitucional pueda "ordenar" al Gobierno de Colombia que pida su devolución.

Repito, si la Corte quiere ser coherente con esta sentencia suya, y si la base de su decisión es la aplicación retroactiva de artículos constitucionales como el 63 y similares, deberá en el futuro aceptar como ineludible el éxito de cualquier acción popular que solicite que se mande al Gobierno instar por vía diplomática el retorno de cualquier pieza arqueológica colombiana que se halle en museo extranjero.

¿O será que no se aplica tal retroactividad en la sentencia que miramos? ¿Se aplica o no se aplica esa retroactividad? Tratemos de dirimir duda tan acuciante.

La diferenciación que la sentencia traza entre retroactividad y retrospectividad es muy oscura e imprecisa. Así que hagamos nosotros un pequeño intento de poner algo de claridad en el tema. Una norma es retroactiva cuando se aplica para calificar hechos anteriores a su entrada en vigor y dicha calificación tiene consecuencias jurídicas diferenciables. Además, tal calificación la lleva a cabo un órgano jurídico competente para imputar consecuencias jurídicas.

Hay multitud de normas que se aplican retroactivamente. En realidad, en casi todos los ordenamientos actuales la única restricción existente es la de que no se deben aplicar retroactivamente las normas

sancionadoras y las restrictivas de derechos. No hay ningún problema jurídico en que una norma que entre en vigor hoy diga que, a los efectos de su jubilación, a los trabajadores se les compute como tiempo trabajado el de las prácticas de su carrera en empresas, tiempo que ni en aquel momento ni hasta hoy contaba a esos fines. Y así podríamos poner miles de ejemplos, entre ellos los de las normas sancionadoras más favorables que las vigentes en el momento en que se cometió el respectivo ilícito.

Al hablar de retroactividad nos damos siempre de bruces con la seguridad jurídica. Se ve de modo más que patente al hablar de normas sancionadoras. Otras veces las cosas son algo más sutiles, aunque de sentido común al mismo tiempo. Imaginemos que desde siempre en nuestro país y hasta hoy mismo estaba permitido que los particulares fueran propietarios de fincas plantadas de pinos y que libremente las vendieran. También se permitía que los bosques de titularidad pública se vendieran a ciudadanos privados. Hace ochenta años una familia adquirió al Estado así, válidamente a tenor del derecho de entonces, todo un bosque de pinos y ese bosque es ahora de los herederos de aquella familia. A día de hoy entra en vigor una norma nueva que prohíbe la venta de pinares y declara radicalmente nulas tales compraventas. Los titulares saben que ya no podrán vender ese pinar que tienen. Pero, ¿tendría sentido que les dijeran que la norma de ahora se aplica hacia atrás y que no fue válida tampoco la compra del pinar por sus padres y que, en consecuencia, debe pasar el pinar al Estado de nuevo y sin indemnización ni compensación ninguna, ya que es nulo en origen el negocio jurídico porque se le aplica esta norma de ahora mismo?

Nos indica la Corte Constitucional que una norma es retrospectiva cuando se aplica a hechos acaecidos anteriormente a ella pero que conservan sus efectos después de que ella entró en vigor, "a situaciones que se encuentran en curso". ¿Qué significará eso? En el ejemplo de hace un momento, la propiedad del pinar fue adquirida hace ochenta años y sigue en curso, sigue desplegando plenamente sus efectos. ¿Y qué? ¿Podremos aplicar la normativa de ahora para declarar nula aquella adquisición cuyos efectos se mantienen hasta ahora mismo? ¿O será

que importa solo que los efectos lo sean de una acción ilegal en origen? Pues un ejemplo de esto: una persona comete contra otra un delito de lesiones el 1 de febrero de 2015, delito que la norma en ese momento vigente castiga con pena de un año de cárcel. El 1 de marzo de 2016 entra en vigor una norma penal que deroga la anterior y que castiga ese delito con tres años. El 1 de abril de 2017 se juzga ese delito en un tribunal penal. Los efectos de aquellas lesiones siguen en curso, tanto porque todavía no se han curado como porque aún no se ha aplicado la solución jurídica prescrita. Según esa caracterización de retrospectividad que hemos visto, cabría aplicar "retrospectivamente" la norma de 2016 a la acción de 2015. Pero no se puede, porque está prohibida en el sistema la aplicación *retroactiva* de la norma penal desfavorable al reo. Y punto.

Según esa caracterización que da la Corte Constitucional, toda aplicación retrospectiva de una norma sería una aplicación retroactiva, aunque no toda aplicación retroactiva sería retrospectiva. Pero, así las cosas, no se trata de hacer juegos de manos con esos dos conceptos, sino que, *al ser retroactiva toda aplicación retrospectiva*, lo que toca es preguntarse en qué casos está permitida y tiene sentido y en qué casos está prohibida o no tiene sentido la retroactividad. Por dividir en dos subcategorías la noción de retroactividad (algo así como retroactividad propiamente dicha -se aplica la norma hacia atrás a situaciones jurídicas ya consolidadas- y retrospectividad) nada se cambia en la cuestión única que ahí importa, la de cuándo cabe la retroactividad, en cualquiera de sus dos versiones.

Según la Corte, las normas tienen efectos retroactivos "cuando se aplican a situaciones jurídicas ya ocurridas definidas o consolidadas, es decir están regidas por leyes anteriores", mientras que "el concepto de retrospectividad implica que las nuevas normas se apliquen de manera inmediata a situaciones que se encuentran en curso". En el mismo sentido, se explica en la sentencia que "la cual implica que las normas se apliquen a partir del momento de su vigencia a las situaciones o hechos en curso. Esto es que cobran fuerza vinculante desde su entrada en vigor, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por

una regulación anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición". Es más, se nos dice que la Constitución de 1991 tiene efectos retrospectivos, "porque sus mandatos cubren todo el ordenamiento legal existente, hasta el punto de que puede condicionar la validez y vigencia de los preceptos de inferior jerarquía que la contradigan". Pareciera que la vieja pauta de que la norma posterior y superior a otra que la contradiga deroga a esta se llama ahora retrospectividad, lo cual lleva a pensar que decir retrospectividad es ponerle nombre nuevo al viejo fenómeno de la derogación tácita. Todas las normas serían, pues, retrospectivas, dado que en caso de antinomia derogan a la otra si esta es anterior e inferior o igual.

Ahora bien, que en aplicación de ese concepto de retrospectividad o de la mecánica sabida de la derogación una norma elimine otra anterior no significa que se aplique retroactivamente. Si en un Estado una nueva norma regula el tipo y la pena del homicidio, deroga la norma anterior que hacía lo mismo de otra manera, pero eso no implica que tal nueva norma penal se aplique retroactivamente, salvo que sea más beneficiosa para el reo y siempre que haya en el sistema una norma que permita tal retroactividad favorable.

Cuando se redacta la Constitución Política de 1886, de los llamados derechos de tercera generación no hay ni rastro en ningún lado, ni en la doctrina ni en la Constitución misma, pues es ese un concepto que se forja muchísimo más tarde, por mucho que a estas alturas del siglo XXI tenga ya importante presencia en el constitucionalismo mundial. En consecuencia, no parece asumible que una situación del siglo XIX (o del XV, pongamos) se califique hoy como atentado contra el derecho colectivo al patrimonio cultural y que se haga con la pretensión de que no es retroactiva tal calificación. Lo es. Y lo que hay que analizar es si es admisible dicha retroactividad o no.

Mas si concluimos que tal retroactividad es viable con sentido, deberemos universalizar y admitir que toda situación jurídica creada en 1892, por ejemplo, que vaya contra lo que la Constitución de 1991 y la Ley 472 de 1998 consideran un derecho colectivo o interés pú-

blico protegible mediante acción popular (goce de un ambiente sano, defensa del patrimonio cultural de la nación, goce del espacio público, moralidad administrativa, libre competencia económica, etc. Véase el artículo 4 de la Ley 472 de 1998) puede ser calificada con arreglo a la Constitución y tal ley, aunque haya ocurrido décadas o un siglo antes, y de esa calificación deben seguirse las consecuencias oportunas. O sea, que si hubo en 1910, supongamos, una resolución administrativa para la adquisición privada de ciertos bienes que eran de propiedad pública y hubo entonces un atentado contra la moralidad administrativa, aplicamos "retrospectivamente" la Constitución de 1991 y la Ley 472 de 1998 para que, a partir de una acción popular que tal reclame, se revierta al Estado la propiedad de aquel bien y pueda ser ahora puesto de nuevo en venta pero ya con respeto pleno al interés colectivo. ¿En verdad está la Corte dispuesta a universalizar así el criterio de "retrospectividad" y a hacer de esa manera retroactiva la Constitución y la Ley 472 de 1998 en todo lo que tiene que ver con derechos e intereses colectivos? Es obvio que no, porque imagínese alguien que en Colombia (o en España) se pudiera, con base en las normas constitucionales vigentes, revertir los efectos que aún perduran de acciones estatales contrarias a la moralidad administrativa o al disfrute de un ambiente sano, pongamos por caso. Por ejemplo, habría que aceptar toda acción popular que exigiera el derribo de cualquier vivienda de un siglo de antigüedad y construida en espacios en los que a tenor de la reglamentación medioambiental de hoy no se pueda construir porque deben estar protegidos. Parece obvio que nada de esto va a ocurrir.

RACIONALIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Pablo Raúl Bonorino Ramírez*

I. Introducción

La adopción del sistema de la "sana crítica racional" para la valoración de la prueba en el proceso penal es considerado un paso fundamental para la eliminación de la discrecionalidad judicial en materia probatoria. La sana crítica exige al juez explicitar las inferencias que lo llevan a determinar, en virtud de la información ingresada al proceso legalmente mediante la actividad probatoria, el grado de acercamiento a la verdad que cabe asignarle a las afirmaciones fácticas sobre las que se basan las pretensiones procesales de las partes. Para llevar a cabo esta tarea de justificación las normas procesales prescriben al juez el uso de las llamadas "reglas de la sana crítica". En este trabajo nos proponemos responder a los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las "reglas de la sana crítica"? ¿Cómo se pueden utilizar para valorar los argumentos probatorios en el marco de un proceso penal?

Nuestro objetivo es mostrar que la expresión "reglas de la sana crítica" alude a un conjunto heterogéneo de reglas que conviene diferenciar antes de utilizarlas para valorar las inferencias probatorias en el marco de un proceso penal. Sostendremos que (1) las leyes de la lógica sirven para evaluar las inferencias que se construyen para justificar –a partir de las evidencias– la verdad de los enunciados sobre ciertos hechos, pero que resultan más relevantes aún pues permiten identificar las premisas tácitas en las argumentaciones probatorias tanto del juez como de las partes; y que (2) las leyes de la experiencia y de la psicología cumplen la función de premisas condicionales generales, (en muchas ocasiones) tácitas, por lo que deben ser evaluadas epistémicamente de diferente manera: por su verdad o falsedad, por la fuerza de la relación entre

* Catedrático de Universidad de Filosofía del Derecho, Universidad de Vigo, España. E-mail: bonorino@uvigo.es.

condiciones y consecuencias que establecen y por su estructura lógica derrotable. Trataremos de mostrar que comprender estas diferencias puede resultar de suma importancia práctica para el jurista interesado en evaluar los argumentos probatorios en el marco de un proceso penal.

II. El problema

Las normas procesales que incorporan el sistema de la sana crítica en materia probatoria prescriben al juez el uso de las "reglas de la sana crítica" para la valoración de la prueba sin dar mayores detalles sobre ellas[1]. La mayoría de los doctrinarios que se han ocupado de estas cuestiones se limitan a definirlas como las "leyes de la lógica, de la experiencia y de la psicología común", sin especificar tampoco a qué leyes se están refiriendo y cómo deben ser aplicadas. Muchos las identifican como "las reglas del recto entendimiento humano"[2], y con ello consideran suficientemente elucidada la cuestión.

Una sentencia se considera debidamente fundada si en ella se han explicitado los razonamientos que conducen de las evidencias a la conclusión de que los hechos relevantes para la causa han ocurrido –o no– en el pasado. Maier, por ejemplo, sostiene que "se reconoce que una sentencia está fundada, al menos en lo que hace a la reconstrucción histórica de los hechos, cuando *menciona los elementos de prueba* a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica, esos elementos han sido *válidamente incorporados al proceso* y son *aptos para ser valorados* (*legitimidad de la valoración*), y exterioriza la valoración probatoria, esto es, contiene la explicación del por qué de la conclusión, *siguiendo las leyes del pensamiento humano* (principios lógicos de *igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente*), *de la experiencia y de la psicología*

---

1 Ver, por ejemplo, los arts. 241, 263 inc. 4), y 398 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, y los arts. 50 y 248 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires.

2 Cf. Velez Mariconde, 1956-I:300-303; Cafferata Nores, 1986:42-43; Clariá Olmedo, 1960:494; D'albora, 1982:153-155, Maier 1989: 244.

común." (Maier, 1989: 243-44). Este razonamiento debe ser reconocible en la sentencia y son las reglas de la sana crítica las que permitirán a las partes controlar racionalmente su motivación –y recurrirla si constataran algún error en la aplicación de esas reglas–.

En el fallo "Casal", CSJN, 20/09/05 (CSJN-Fallos, 328:3399) la Corte distingue entre la falta de aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia (ausencia de fundamento) y la aplicación defectuosa de esas reglas en la fundamentación (error en el fundamento). Sin embargo, no indaga sobre las "reglas" de la sana crítica, sino que define la noción más general de "sana crítica", entendiéndola como "la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho del pasado" y remitiendo para su elucidación a la metodología de la ciencia histórica. En este trabajo abordaremos el problema de la identificación de las "reglas de la sana crítica" y no el del sentido de la noción misma de "sana crítica" como hace la Corte. Por ello consideramos que el análisis que propondremos no sólo es compatible con su doctrina, sino complementario.

Las reglas de la sana crítica son las herramientas privilegiadas para el control racional de los argumentos probatorios. Es por ello que resulta necesario desde la doctrina completar la labor del legislador explicitando el conjunto de reglas que forman las "reglas de la sana crítica", mostrando sus diferencias y similitudes, la manera en la se aplican y las distintas funciones que pueden cumplir en la tarea de valorar las argumentaciones probatorias. Se podría pensar que estas reglas son tan evidentes o conocidas por todos que no requieren mayores explicaciones. Pero como trataremos de mostrar en este trabajo, si bien es cierto que el contenido de la mayoría de esas reglas nos resultan desconocidas para los juristas, también lo es que en muchas ocasiones se pueden perder de vista algunas de sus características esenciales y las diferencias que estas generan en su aplicación para la valoración de las inferencias probatorias. Para percibir estos matices es necesario dejar el plano del conocimiento tácito. Es necesario explicitar la mayor cantidad posible de esas reglas para poderlas evaluar y comparar, diferenciando

el uso que cabe de darle a cada una de ellas. De lo contrario, la idea que debería servir para limitar la discrecionalidad de los jueces en materia probatoria podría usarse para encubrirla, para que se los argumentadores pudieran apelar a las "reglas de la sana crítica" para justificar cualquier tipo de inferencia a partir de los hechos probados en el proceso.

No pretendemos ofrecer una formulación exhaustiva del conjunto de las "reglas de la sana crítica" –si es que fuera posible hacer tal cosa–. Tampoco pretendemos dar con criterios de racionalidad únicos, comunes a todas las disciplinas y actividades, y generalizables a todo tiempo histórico[3]. Sólo intentaremos mostrar como se podría avanzar en el control racional de la actividad argumentativa en cuestiones probatorias si se explora el contenido del concepto "reglas de la sana crítica" en lugar de manejarlo como una generalización opaca.

III. La argumentación probatoria

Tomaremos como punto de partida el siguiente ejemplo simplificado de argumentación probatoria:

> "El imputado K tenía sustancias estupefacientes con la intención de comerciar, pues según ha dicho el testigo Z durante la audiencia –sin mostrar signo alguno de nerviosismo y sin incurrir en contradicciones– tenía en la mesa junto a la droga secuestrada una balanza de precisión con restos de la misma sustancia."[4]

---

[3] Sobre el concepto de racionalidad aplicado a la labor probatoria ver Hassemer, 1984: 181-2.

[4] El ejemplo es una simplificación que deja de lado otros argumentos que normalmente acompañarían una justificación de este tipo: aquellos que permitirían determinar el tipo de sustancias químicas halladas en la mesa y en la balanza, normalmente a partir de los resultados de pruebas periciales, y aquellos que permitirían identificar esas sustancias con sustancias estupefacientes a partir de la definición legal de "estupefaciente". Pero la ausencia de otros argumentos no invalida el análisis de los argumentos que si están presentes en el ejemplo, sólo muestra que no se trata de un examen exhaustivo sobre la cuestión –lo que no resulta posible realizar dentro de los límites impuestos a este trabajo–.

El primer paso para evaluar una argumentación de este tipo es reconstruirla, para dejar en evidencia los distintos argumentos que la forman. Un argumento es un conjunto de afirmaciones en las que se pretende probar la verdad de una de ellas (la conclusión) a partir de la verdad de las restantes (sus premisas). En una argumentación los argumentos se presentan formando cadenas, en las que las conclusiones de unos sirven a su vez como premisas de los siguientes. Veamos estas características en nuestro ejemplo simplificado:

> Primer argumento
> *Premisa*: El testigo Z ha dicho, sin mostrar signo alguno de nerviosismo y sin incurrir en contradicciones, que sobre la mesa del imputado K y junto a la droga secuestrada había una balanza de precisión con restos de estupefacientes.
> *Conclusión:* El imputado K tenía sobre su mesa y junto a la droga secuestrada una balanza de precisión con restos de estupefacientes.
>
> Segundo argumento
> *Premisa*: El imputado K tenía, junto al resto de la droga secuestrada, una balanza de precisión con restos de sustancias estupefacientes.
> *Conclusión*: El imputado K tenía sustancias estupefacientes con la intención de comerciar.

El conjunto formado por estos dos argumentos se considera una argumentación porque la conclusión del primero es a su vez una de las premisas del segundo, lo que muestra que no se trata de un simple conjunto de argumentos sino de un sistema de argumentos. Aquel argumento cuya conclusión no es utilizada como premisa en otros argumentos es el argumento central y su conclusión es la tesis central que se pretende defender en la argumentación. Al resto se los puede llamar argumentos secundarios. Pero este encadenamiento hace necesario evaluar los dos tipos de argumentos por separado antes de poder emitir un juicio de valor sobre toda la argumentación probatoria. Es aquí donde deberían empezar a jugar un papel importante las llamadas "reglas de la sana crítica", pero para poder analizar su funcionamiento en la práctica debemos comenzar por distinguir dos tipos de reglas

que se suelen mencionar en el mismo plano pero no poseen la misma naturaleza: las leyes de la lógica, por un lado, y las leyes de la experiencia y de la psicología, por otro. Si no lo hiciéramos podríamos caer en una grave confusión, ya que colocar a las leyes de la lógica en el mismo plano que las leyes de la psicología y la experiencia solo se puede hacer suponiendo una concepción psicologista de la lógica, posición que ya fue abandonada en dicha disciplina hace más de un siglo[5].

IV. Las leyes de la lógica

En esta sección debemos responder dos preguntas: ¿Qué son las leyes de la lógica? y ¿Cómo se pueden utilizar para valorar las inferencias probatorias? Pero para responderlas debemos aclarar en primer lugar que entendemos por "lógica". La lógica es una disciplina que históricamente se ha ocupado de la corrección de los razonamientos y de las reglas que los gobiernan. La lógica moderna aborda la cuestión desde un punto de vista formal: los argumentos son válidos por su estructura o forma, con independencia del contenido. Existen distintas presentaciones de los sistemas de lógica deductiva, todas coinciden en las formas que aceptan como lógicamente correctas pero difieren en el tipo de pruebas con las que las apoyan. Para abordar el problema de las reglas de la sana crítica conviene adoptar una presentación basada en reglas de inferencia, como son los llamados cálculos de deducción natural desarrollados a partir de los trabajos de Gentzen, por resultar más intuitivos y cercanos a las formas de razonar en lenguaje natural[6].

---

[5] Una definición psicologista de la lógica trata de justificar sus leyes mediante el análisis de los procesos psicológicos efectivos de argumentación que realizan las personas a diario. Como bien señala Alchourrón, "… el resultado de tal investigación, de naturaleza claramente empírica y contingente, que seguramente exhibiría características muy distintas frente a individuos de grupos humanos heterogéneos, sería impotente para dar cuenta del carácter necesario y a priori de las leyes lógicas..." (Alchourrón 1995: 14). Los grandes avances de la lógica como disciplina formal se producen una vez abandonado el psicologismo.

[6] Las conocidas tradicionalmente como "leyes del pensamiento", como por ejemplo

Si tomamos como referencia para este análisis la lógica de conectores (o proposicional) –una parte importante de la lógica deductiva pero que no agota su contenido–, encontraremos que las "leyes de la lógica" no son tantas: con ocho reglas se puede demostrar la validez deductiva de cualquier argumento[7]. Las reglas se organizan en torno a las distintas conectivas lógicas: conjunción, disyunción, condicional y negación. Se establecen dos tipos de reglas para cada conectiva: una que autoriza a introducir una fórmula que contenga dicha conectiva en el contexto de la deducción y otra que autoriza a eliminarla. Por eso son ocho las reglas de la lógica de primer orden. La ley de eliminación del condicional (*Modus Ponens*), por ejemplo, autoriza a pasar de expresiones que contienen enunciados condicionales (el conjunto de premisas) a otra expresión que no es un enunciado condicional (conclusión).

> Ley de eliminación del condicional o *modus ponens*: Si en el conjunto de premisas hay un enunciado hipotético o condicional (Si P entonces Q) y también la afirmación de su antecedente (P), esta permitido deducir su consecuente (Q).

Esto significa que todo argumento que tenga dos premisas (una de ellas hipotética o condicional, y la otra la afirmación del antecedente de ese condicional) y que como conclusión defienda la afirmación que ocupa la posición del consecuente del enunciado condicional utilizado como premisa, es un argumento deductivo o válido. La expresión que afirma que si sus premisas son verdaderas su conclusión es verdadera es una verdad lógica –no depende del contenido de las premisas–. Por ejemplo,

---

los llamados principios de identidad y de no contradicción, son verdades lógicas que se pueden demostrar de distinta manera según la presentación del sistema de lógica que se escoja. Pero en la lógica moderna no poseen ningún rango especial.

[7] Decir que un argumento es válido y que es deductivo son expresiones equivalentes desde el punto de vista lógico. No obstante, utilizaré las expresiones de forma redundante a lo largo del texto para favorecer la comprensión de aquellos lectores no familiarizados con la lógica contemporánea. No se debe entender como la adopción tácita de posiciones que consideran que hay distintos tipos de "validez".

(Premisa 1) Si hace frío [P], entonces el invierno ha llegado [Q].
(Premisa 2) Hace frío [P].
(Conclusión) El invierno ha llegado [Q].

En este caso podemos afirmar que el enunciado "El invierno ha llegado" se deduce de las premisas, porque el paso de las premisas a la conclusión está autorizado por la ley lógica del *Modus Ponens*[8].

Las siete reglas básicas restantes son las siguientes:

LEY DE INTRODUCCIÓN DE LA CONJUNCIÓN: Si en el conjunto de premisas hay un enunciado (A) y también la afirmación (B), esta permitido deducir el enunciado compuesto "A y B".

LEY DE ELIMINACIÓN DE LA CONJUNCIÓN: Si en el conjunto de premisas hay un enunciado compuesto de carácter conjuntivo (A y B), está permitido deducir uno de sus enunciados componentes (A)[9].

LEY DE ELIMINACIÓN DE LA NEGACIÓN O *DOBLE NEGACIÓN*: Si en el conjunto de premisas hay un enunciado que es negado dos veces (No-no A), está permitido deducirlo como una afirmación (A)[10].

LEY DE INTRODUCCIÓN DE LA DISYUNCIÓN: Si en el conjunto de premisas hay un enunciado simple (A), se puede deducir un enunciado compuesto disyuntivo formado por ese enunciado y cualquier otro enunciado (A o B)[11].

---

[8] Estas reglas permiten identificar argumentos simples como válidos –tal como haré en el texto–, pero también cumplen la función de generar pasos intermedios en la demostración de la validez de argumentaciones más complejas. En esos casos se suele combinar el uso de varias de las reglas de inferencia básicas o leyes de la lógica deductiva de primer grado. Ver Garrido 1997.

[9] La regla funciona también autorizando la deducción del otro componente de la conjunción (B). Técnicamente se alude a ellas como dos reglas independientes. Por ejemplo, de la premisa "Ha salido el sol y corre una brisa fresca" se puede deducir tanto el enunciado "Ha salido el sol", como el enunciado "Corre una brisa fresca".

[10] Por ejemplo, de la afirmación "No es cierto que no haya mosquitos en la playa" se puede deducir –utilizando como respaldo esta ley de la doble negación– el enunciado "Hay mosquitos en la playa".

[11] Se puede introducir el enunciado afirmado en las premisas en cualquiera de las dos posiciones del enunciado disyuntivo. Como en el caso de la ley de eliminación

> Ley de introducción del condicional o *teorema de la deducción*: Si se supone la verdad de un enunciado (A) y, utilizando las otras reglas inferencia y las premisas del argumento que se está evaluando, se logra deducir otro enunciado (B), entonces está permitido deducir el enunciado condicional formado por el enunciado supuesto como antecedente y el otro enunciado derivado a partir de él como consecuente (Si A entonces B).
>
> Ley de introducción de la negación o *reducción al absurdo*: Si se supone la verdad de un enunciado (A) y, utilizando las otras reglas inferencia y las premisas del argumento que se está evaluando, se logra deducir una contradicción (B y No B), entonces está permitido deducir la negación del enunciado supuesto (No A).
>
> Ley de eliminación de la disyunción o *casos*: Si se parte de un enunciado disyuntivo (A o B) y se supone primero la verdad de uno de los enunciados que lo forman (A) y, utilizando las otras reglas inferencia y las premisas del argumento que se está evaluando, se logra deducir otro enunciado (C), y luego se repite la operación pero suponiendo como punto de partida el otro enunciado que forma la disyunción (B) y se deduce también el mismo enunciado (C), entonces está permitido deducir ese enunciado (C).

Utilizando estas reglas se puede demostrar la corrección lógica de cualquier argumento deductivo –en el ámbito de la lógica de conectores[12]– y también se puede demostrar la validez de las llamadas "leyes del pensamiento" o "principios fundamentales del entendimiento humano": el principio de identidad (A implica A), el principio de no contradicción (No (A y No-A) y el principio de tercero excluido (A o No-A).

---

de la conjunción, en las presentaciones formales se las presenta como dos reglas independientes.

[12] Hay otros argumentos deductivos, como algunos silogismos, cuya validez no se puede demostrar utilizando estas reglas básicas del cálculo de conectores. Requieren el empleo de reglas para el cálculo de cuantificadores, que también forman parte de la lógica moderna y que no puedo presentar en este trabajo por razones de extensión.

Por ejemplo, el principio lógico de identidad se puede demostrar de la siguiente manera:

1. A	[Premisa]
2. No -A	[Supuesto]
3. A y No-A	[Se deduce con la regla de introducción de la conjunción en 1 y 2]
4. No-no A	[Se deduce con la Regla de reducción al absurdo con las líneas 2-3]
5. A	[Se deduce con la Regla de doble negación en 4.]

Al hacer esta demostración podemos incluir este principio como una ley derivada de la lógica, que se puede sumar a las ocho que hemos presentado para facilitar futuras demostraciones. Esta ley quedaría formulada de la siguiente manera:

> Ley de identidad: De un enunciado (A) se puede deducir el mismo enunciado (A).

De la misma manera podemos hacer con los restantes principios:

> Demostración del principio de no contradicción: No (A y No-A)

1. A y No-A	[Supuesto]
2. A y No-A	[Utilizando la regla de identidad en la línea 1.]
3. No (A y No-A)	[Se deduce por la regla de Reducción al absurdo en las líneas 1 y 2].

O con ciertas formas válidas muy conocidas, como el *Modus Tollens* o el *Dilema* –las que una vez demostrada su validez se pueden emplear también como leyes derivadas–.

Todas estas "leyes de la lógica" forman parte de las reglas de la sana crítica, y sirven para controlar los aspectos formales de los argumentos probatorios: si el juez está deduciendo correctamente ciertas afirmaciones a partir de los enunciados probados durante el proceso. Pero como veremos de inmediato, cuando nos enfrentamos a la tarea de evaluar argumentaciones formuladas en lenguaje natural, la

función de las reglas de la lógica no se reduce sólo a esta labor de control formal. También resultan fundamentales para la identificación de las premisas tácitas, muy comunes en las argumentaciones probatorias y cuya reconstrucción es un paso previo indispensable para poder evaluar la solidez de dichos argumentos.

Es muy común que un texto argumentativo no se expresen todos los enunciados que el argumentador considera relevantes para sus argumentos, que puedan existir enunciados no formulados pero que resultan imprescindibles para reconstruir los argumentos en él contenidos. El intérprete debe completar la argumentación formulando los enunciados tácitos e incorporándolos a la estructura como premisas o conclusión. Debe tratar a los argumentos como "entimemas"[13]. Pero la tarea de incorporar premisas tácitas al reconstruir una argumentación está guiada por una noción previa de "argumento". El intérprete trata de aproximar el resultado de su labor a esa idea normativa que le sirve como guía, para lograrlo también debe apelar a las "leyes de la lógica".

Se entiende por "entimema" aquél argumento en el que una premisa o la conclusión no ha sido expresamente formulada. Para que el receptor del argumento pueda justificar la explicitación de esos enunciados tácitos debe mostrar que sin esos elementos el argumento resultaría lógicamente inválido. En consecuencia, la forma de identificar e introducir estos elementos implícitos es aplicando las reglas de la lógica deductiva: se introducen aquellas afirmaciones necesarias para que el argumento sea deductivamente válido[14].

Tomemos nuestro ejemplo inicial de argumentación probatoria. Si lo formalizamos utilizando las mismas convenciones que hemos estado

---

[13] Sobre la cuestión ver Gerritsen 2001, Ennis 1982.

[14] Las discusiones sobre la mejor forma de entender los entimemas se pueden rastrear hasta la antigüedad, en la que se formaron los dos grandes bandos en pugna: los enfoques lógicos (Cicerón) y los enfoques retóricos (Aristóteles). Un desarrollo histórico de la problemática en torno a los entimemas se puede ver en Gerritsen 1999. En este trabajo asumo sin mayor discusión un enfoque lógico, el que he defendido en otros trabajos (ver Bonorino 2014).

empleando en esta sección (letras mayúsculas para las afirmaciones simples, y las expresiones lógicas "Si.. entonces", "y", "o", y "No" para dar cuenta de los enunciados compuestos) el resultado sería el siguiente

Primer argumento
Premisa: A y B y C[15].
Conclusión: D[16].

Segundo argumento
Premisa: D.
Conclusión: E[17].

Si utilizamos las reglas de la lógica sólo para evaluar la corrección de estos argumentos así reconstruidos –como si no se tratara de entimemas– deberíamos concluir que esta argumentación carece de solidez, porque no es posible en ninguno de los argumentos deducir la conclusión de sus premisas. Pero si asumimos que el problema no está en los argumentos en sí mismos, sino en la interpretación que estamos haciendo del texto, podemos preguntarnos por la posibilidad de que el argumentador haya dejado algunas premisas implícitas o tácitas –depositando en sus lectores u oyentes la tarea de identificarlas y explicitarlas antes de proceder a valorar su argumentación–. La pregunta que cabe formular es: ¿Qué enunciados deberíamos suponer como premisas para que estos argumentos puedan considerarse deductivos? Teniendo en cuenta las leyes de la lógica se abren ante nosotros distintas posibilidades, pero la más económica (en el sentido de que requiere introducir el menor número de premisas tácitas en la reconstrucción) es la que utiliza la ley del *Modus Ponens* como guía en la labor de interpretación. ¿Qué premisas

---

[15] A = "El testigo Z ha dicho que junto a la droga secuestrada había una balanza de precisión con restos de estupefacientes", B = "El testigo no mostro signo alguno de nerviosismo al declarar", y C= "El testigo no incurrió en contradicciones al declarar".

[16] D= "El imputado K tenía sobre su mesa y junto a la droga secuestrada una balanza de precisión con restos de estupefacientes".

[17] E= "El imputado K tenía sustancias estupefacientes con la intención de comerciar".

tácitas transformarían estas estructuras inválidas en formas válidas del tipo *Modus Ponens*? En ambos casos vemos que lo que faltan son las premisas condicionales, formadas con la premisa formulada como antecedente y la conclusión que se pretende deducir como consecuente:

Primer argumento
Premisa: A y B y C.
Premisa tácita: Si (A y B y C) entonces D
Conclusión: D.

Segundo argumento
Premisa: D.
Premisa tácita: Si D entonces E
Conclusión: E.

Si traducimos las premias tácitas al lenguaje natural nos encontramos con los siguientes enunciados:

- Si un testigo no muestra signos de nerviosismo ni incurre en contradicciones al declarar y hacer una afirmación, entonces dicha afirmación se puede aceptar como verdadera.
- Si un sujeto tiene en su poder una balanza de precisión junto a la droga secuestrada, entonces poseía la droga secuestrada con la intención de comerciar con ella.

Al explicitar las premisas tácitas aparecen otro tipo de "leyes": las llamadas leyes de la experiencia y de la psicología común. De esta manera vemos que las leyes de la lógica sirven para evaluar la forma lógica del argumento y también como guía para detectar y explicitar las premisas tácitas en los entimemas. Y que las leyes de la experiencia y de la psicología común son en realidad premisas –por lo general tácitas– que aluden al conocimiento empírico o de sentido común del argumentador y de los destinatarios de su argumentación.

Para evaluar un argumento probatorio se necesitan los dos tipos de reglas, pero eso no significa que las reglas operen al mismo nivel, ni que sirvan para lo mismo, ni que su valoración se deba llevar a cabo

de la misma manera. Las leyes de la lógica tienen detrás una ciencia formal que las avala, y por lo tanto no son discutibles a partir de datos empíricos –expresan verdades lógicas–. Pero las leyes de la experiencia y de la psicología común son enunciados cuya verdad o falsedad deberá ser valorada de acuerdo a su adecuación con la realidad. Un argumento probatorio para ser sólido necesita que sus estructura lógica sea correcta (leyes de la lógica) y que todas sus premisas sean verdaderas: algunas de ellas dependen de las evidencias aportadas durante el proceso (premisas explícitas) y otras son enunciados condicionales generales que aluden a las relaciones entre distintos tipos de fenómenos (las llamadas leyes de la experiencia y de la psicología común). En el sistema de la sana crítica se debe detectar el uso que hace el juez de estos dos tipos de reglas y valorar dicha utilización por separado antes de poder emitir un juicio fundado sobre la justificación de sus decisiones en materia probatoria.

Ya hemos analizado en esta sección como funcionan las leyes de la lógica y cómo se deberían utilizar en la valoración de las inferencias probatorias, ahora toca examinar con más detalle la estructura lógica y el funcionamiento de las otras leyes que forman el conjunto de las "reglas de la sana crítica".

V. Las leyes de la experiencia y de la psicología común

Las leyes de la experiencia y de la psicología tienen en común con las leyes de la lógica su estructura condicional: "Si A entonces B". Pero estas últimas son verdades lógicas o necesarias, mientras que las primeras poseen carácter contingente: pueden ser verdaderas o falsas según su contenido y la realidad a la que hagan referencia. "Si A entonces A" (principio de identidad), por ejemplo, es una verdad formal, no depende de ningún contenido. Lo mismo ocurre con la ley del *Modus Pones* que hemos utilizado anteriormente. El carácter formal de las leyes lógicas permite su aplicación a todos los campos de conocimiento, pero no constituye una garantía de verdad cuando se las pretende utilizar en casos conectados con la realidad. Un argumento puede ser válido desde

el punto de vista lógico pero, por partir de premisas falsas, afirmar como conclusión una falsedad. Veamos un ejemplo de argumento deductivo: "Si puedo calentar el agua a cien grados centígrados entonces el agua no es incolora. Puedo calentar el agua a cien grados centígrados, por lo tanto el agua no es incolora". En este ejemplo se defiende como conclusión una falsedad flagrante: "El agua no es incolora". El argumento no falla porque el argumentador no aplique correctamente las leyes de la lógica –o porque estas hayan dejado de ser verdaderas o su verdad sea relativa–, sino porque se han utilizado premisas falsas. La premisa "Si caliento el agua a cien grados centígrados entonces el agua es incolora" es un enunciado condicional que afirma una relación causal entre dos fenómenos que no poseen relación alguna: la temperatura del agua y su propiedad de ser incolora. Los argumentos probatorios no sólo deben ser lógicamente correcto, sino que deben ser sólidos, y su solidez depende de que todas las premisas que lo forman sean verdaderas, incluyendo las premisas tácitas, entre las que se encuentran las llamadas "leyes de la experiencia y de la psicología común".

Una regla de la experiencia, como "Si hay huellas de pisadas frescas en el barro del jardín entonces alguien ha caminado recientemente por el jardín", por ejemplo, es verdadera o falsa según su contenido y lo que ocurre en la realidad. Será verdadera si la relación que establece entre los dos fenómenos ocurre en la realidad. El problema es que la relación entre el antecedente y el consecuente puede ser más o menos fuerte. No es lo mismo la regla que dice "Si la puerta está cerrada con llave entonces alguien la cerró previamente", que aquella que expresa que "Si alguien se muestra nervioso entonces es que ha cometido alguna acción que quiere ocultar". Graduar la verosimilitud de este tipo de expresiones no es una tarea fácil, pero es indispensable porque una parte importante de las llamadas "reglas de la sana crítica" presentan estas características, y la fuerza epistémica con la que se pueda defender la verdad de la conclusión en una argumentación probatoria depende, en última instancia, de la fuerza epistémica que se pueda atribuir a esas reglas cuando se usan como premisas.

Teniendo en cuenta la fuerza de la relación entre el antecedentes y el consecuente que se exprese en las leyes de la experiencia (o de la psicología común) se pueden distinguir dos grandes grupos: las *leyes hipercodificadas* y las *leyes hipocodificadas*[18]. Las leyes hipercodificadas establecen una correlación entre una clase de eventos y la clase de sus causas posibles, por ejemplo la marca de un casco sobre la tierra que se enlaza con el paso de un caballo o la caída de una rama que significa que alguna fuerza exterior ha actuado sobre ella. En el caso que hemos tomado como ejemplo en las secciones precedentes, una ley de la experiencia hipercodificada sería aquella que enlazara la presencia de restos de la droga secuestrada en la balanza con el hecho de que la balanza estuviera en contacto con la droga secuestrada. Incluso formaría parte de esta primera categoría, aunque con una fuerza de convicción un poco menor, la regla que dijera "Si hay restos de droga en una balanza entonces se ha estado pesando droga con ella". Pero los argumentos probatorios no se pueden limitar al uso exclusivo de este tipo de reglas, porque una vez realizadas todas las inferencias a nuestro alcance sólo podríamos conocemos algo que ya sabíamos, esto es que ciertos fenómenos remiten a cierta clase de causas. En las argumentaciones probatorias es necesario pasar de ciertos hechos empíricos probados durante el proceso (evidencias directas o inferencias hipercodificadas como las que hemos señalado) a sostener la verdad de otros enunciados en los que se alude a los actos intencionales de un agente. Es en estos casos donde el argumentador debe apelar al segundo tipo de leyes, las llamadas leyes hipocodificadas.

Las leyes de la experiencia (o de la psicología común) hipocodificadas actúan como lo hacen los principios jurídicos (al menos en la explicación de su comportamiento que ofrece Dworkin). Frente a cualquier conjunto

---

[18] Esta parte del trabajo abreva en las distinciones que realiza Umberto Eco (1989) al referirse a los razonamientos abductivos que realizan personajes como Sherlock Holmes. Sobre las relaciones entre los razonamientos del conocido detective y las argumentaciones probatorias en un proceso penal ver Muñoz Sabaté 2012 y Bonorino 2013.

de enunciados empíricos (hechos) tenemos a disposición un conjunto equiprobables de leyes de la experiencia (o de la psicología común) que nos permitirían inferir a partir de ellos, y utilizando las leyes de la lógica, distintas afirmaciones sobre las intenciones de los agentes involucrados en esos hechos. Las reglas hipocodificadas forman una constelación puesta a disposición del argumentador para que seleccione aquella que considera la mejor explicación para los hechos probados. En nuestro caso, en la argumentación probatoria que toma como premisa que se hallaron restos de drogas en la balanza de precisión, el argumentador pudo defender como conclusión que el imputado K. poseía las drogas con la intención de comerciar porque ha utilizado como premisa la ley de la experiencia hipocodificada que dice "Si un sujeto tiene en su poder una balanza de precisión junto a la droga secuestrada, entonces poseía la droga secuestrada con la intención de comerciar con ella". Pero la relación entre el antecedente y el consecuente en este tipo de reglas es mucho más débil que la que se expresa en las leyes hipercodificadas, porque siempre habrá otras relaciones similares igual de probables en términos generales que hubieran podido dar lugar al uso de otras leyes alternativas –lo que llevaría a defender conclusiones diferentes–. Continuando con nuestro ejemplo, se podría haber utilizado como premisa la regla de la experiencia que dice "Si un sujeto tiene en su poder una balanza de precisión junto a la droga secuestrada, entonces poseía las drogas con la intención consumirlas de forma controlada y racional". En ese caso la conclusión (y con ella la suerte procesal del imputado) sería muy diferente: "K poseía la droga secuestrada con la intención de consumirla de forma controlada y racional".

Si tomamos la otra regla de la sana crítica detectada en nuestro ejemplo inicial de argumentación probatoria, aquella que decía "Si un testigo no muestra signos de nerviosismo ni incurre en contradicciones al declarar y hacer una afirmación, entonces dicha afirmación se puede aceptar como verdadera", veremos que también se trata de una ley de la psicología común hipercodificada. En la constelación de reglas de este tipo que forman nuestro conocimiento común sobre el comportamiento

de nuestros semejantes, también se puede encontrar la ley que dice "Si un testigo no muestra signos de nerviosismo ni incurre en contradicciones al declarar y hace una afirmación, entonces se debe dudar de la verdad de dicha afirmación". La experiencia judicial permitiría avalar con casos claros ocurridos en el pasado el carácter *prima facie* equiprobable de ambas reglas.

Que las leyes de la experiencia (y de la psicología común) que forman el conjunto de las "reglas de la sana crítica" sean en su mayor parte hipocodificadas, no significa que en caso concreto todas posean el mismo grado de probabilidad. Son equiprobables a nivel general, en el plano del conocimiento común, pero una vez que estamos frente a unos hechos en particular siempre es posible decidir cuál de las leyes se ajusta mejor a los hechos probados en la causa. Por ello decíamos que operaban como los principios jurídicos. Todos los principios son igualmente válidos en un plano general, pero cuando nos enfrentamos a un caso en particular podemos afirmar que alguno de ellos es aplicable al caso mientras que los otros se ven desplazados. En algunos casos, por ejemplo, el principio de intimidad desplaza al principio de libertad de expresión, pero basta con que cambien algunos hechos relevantes para que en ese otro caso podamos afirmar que el principio de libertad de expresión desplaza al principio de intimidad. Decir que los principios jurídicos poseen una validez y una jerarquía equivalente en un ordenamiento jurídico no impide afirmar que en un caso en particular hay un principio que permite resolver de mejor forma la cuestión controvertida que todos los demás. Lo mismo ocurre con las leyes de la experiencia y de la psicología común.

Esto nos lleva a otra de las características distintivas que poseen este tipo de leyes (todas ellas, tanto las hipercodificadas como las hipocodificadas), pero que no tiene que ver con su contenido sino con su estructura lógica. Tal como dijimos anteriormente, todas las reglas de la sana crítica que hemos analizado hasta ahora poseen carácter condicional: "Si A entonces B". Pero los enunciados condicionales que se utilizan comúnmente en el lenguaje natural pueden ser utilizados

para afirmar distintos tipos de relaciones entre el primer enunciado (antecedente) y el segundo (consecuente). En la lógica tradicional se suele simbolizar dicha relación con la conectiva denominada "condicional o implicación material", definida semánticamente como aquella conectiva que, al enlazar dos proposiciones, genera una expresión que sólo es falsa en caso de que el antecedente sea verdadero y el consecuente falso, siendo verdadera en los casos restantes. De esta manera, cuando se afirma la verdad del condicional, se sostiene que el antecedente es condición suficiente para la verdad del consecuente y que a su vez el consecuente resulta condición necesaria para la verdad del antecedente. Esta caracterización refleja un núcleo de significado común a la mayoría de las expresiones condicionales que se formulan en lenguaje natural, pero posee casos en los que no resulta aplicable, como son los casos en los que se requiere que la verdad del antecedente sea relevante para la verdad del consecuente o en los que se parte de un antecedente deliberadamente falso[19].

Pero para el problema que estamos abordando resultan de crucial importancia un tercer tipo de enunciados condicionales: aquellos en los que el antecedente no expresa una condición suficiente para la verdad del consecuente, sino sólo una condición que, sumada a un conjunto de condiciones que se dan por supuestas, lleva a la verdad del consecuente. Para referirse a esta propiedad se ha acuñado la expresión "derrotabilidad". El concepto de "derrotabilidad" tiene usos en muchas áreas de conocimiento, pero su introducción en el vocabulario filosófico es reciente. Hart lo introduce por primera vez en un trabajo sobre responsabilidad al referirse a ciertas características de los conceptos jurídicos (1949)[20]. En su enfoque la clave está en la cláusula "a menos

---

[19] Para poder dar cuenta de estas situaciones particulares se han desarollado lógicas alternativas, como son las lógicas paraconsistentes y las lógicas de los condicionales contrafácticos. Sobre esta cuestión ver Haack 1982.

[20] "This characteristic of legal concepts is one for which no word exists in ordinary English. The words " conditional" and " negative " have the wrong implications, but the law has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the

que" que cierra las estructuras condicionales y que indican que si se cumplen ciertas condiciones excepcionales el condicional resulta derrotado, pero que si dichas excepciones contingentes no se verifican entonces se mantiene intacto. El enfoque general sobre la derrotabilidad sobre el que reposa la manera en la que Hart entiende los conceptos jurídicos es "Si A entonces B a menos que C" [21].

Tomemos el siguiente ejemplo de enunciado condicional: "si esto es un automóvil, entonces puedes trasladarte de un lugar a otro en él". Si lo interpretamos como un condicional material, y el mismo fuera verdadero, nos llevaría a afirmar que el hecho de estar en presencia de un automóvil es una condición suficiente para trasladarse en él de un lugar a otro. Pero esto no es así, pues para que uno se pueda trasladar de un lado a otro en un automóvil se requieren una serie de condiciones no enumeradas como por ejemplo que el mismo tenga suficiente combustible, que su motor funcione, que se posean las llaves de arranque, que no tenga las gomas desinfladas, etc. La falsedad de cualquiera de estos enunciados derrota al enunciado condicional. Utilizando el esquema de Hart el enunciado condicional derrotable se podría presentar de la siguiente manera: "SI esto es un automóvil, ENTONCES puedes trasladarte de un lugar a otro en él, A MENOS que no tenga suficiente combustible, que su motor no funcione, que se hayan perdido las lleves de arranque, tenga las gomas desinfladas, etc." Los condicionales derrotables suelen aparecer en el lenguaje ordinario expresados como condicionales materiales, porque el conjunto de excepciones implícitas no pueden ser enumeradas de forma taxativa y porque en circunstancias normales sus condiciones antecedentes son

---

woid " defeasible" used of a legal interest in property which is subject to termination or " defeat" in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense then, contract is a defeasible concept." (Hart 1949: 175).

[21] No todos los usos del concepto de "derrotabilidad" en filosofía adoptan este esquema. Sobre la cuestión ver Blöser y otros 2013. En este libro se pueden encontrar también ejemplos de aplicación del concepto en diversas disciplinas.

suficientes para aceptar la verdad de las consecuencias.

En los condicionales derrotables, que tienen la forma "Si A entonces B a menos que C", es importante diferenciar con claridad las condiciones que conducen a cierto estado de cosas de las condiciones que llevan a su derrota. El primer conjunto de condiciones ("A" en la fórmula precedente) son las llamadas *condiciones iniciales* a partir de las cuales se puede obtener el estado de cosas derrotable (B) –y que normalmente son condiciones suficientes para conseguirlo–. El segundo conjunto de condiciones ("C" en nuestra formula) son las llamadas *condiciones derrotadoras*: basta con que esté presente una sola de ellas para que el estado de cosas no se derive aún cuando se satisfagan todas las condiciones iniciales.

Regresemos a las leyes de la experiencia y de la psicología común que identificamos como premisas tácitas en el ejemplo de la sección precedente. A pesar de su formulación como condicionales materiales ahora sabemos que en realidad su estructura lógica es más compleja, pues responden al esquema general de derrotabilidad de Hart, así que deberíamos reformularlas de la siguiente manera:

> Si un testigo no muestra signos de nerviosismo ni incurre en contradicciones al declarar y hacer una afirmación, entonces dicha afirmación se puede aceptar como verdadera, A MENOS QUE… este acostumbrado a mentir, o sea un actor contratado para declarar de cierta manera, o …
>
> Si un sujeto tiene en su poder una balanza de precisión junto a la droga secuestrada, entonces poseía la droga secuestrada con la intención de comerciar con ella, A MENOS QUE… usara la balanza para pesar las dosis que consume, o que la balanza no funcionara, o que usara la droga para cocinar algún plato especial, o…

Si alguna de las condiciones derrotadoras se puede probar en el proceso, o es verdadera en virtud de alguna de las evidencias ya aportadas, esto derrotaría la aplicación de la regla de la experiencia o de la psicología en ese caso concreto. Esta derrota abriría paso a la búsqueda de otra de las reglas hipocodificadas del conjunto de reglas de la sana crítica para poder reformulara si fuera el caso, o llevaría

a la refutación del argumento probatorio que la hubiera utilizado como premisa. Pero esta derrota no significa que esas leyes deban ser abandonadas por falsas, porque su efecto es solo para el caso particular. En casos futuros la regla vuelve a estar disponible para ser utilizada en otros argumentos probatorios.

Otra de las características que las reglas derrotables heredan del enfoque general que hemos adoptado para abordar la derrotabilidad es la asimetría entre el caso normal (B) y el caso excepcional de su derrota (C). En el caso normal (o privilegiado), la satisfacción de las condiciones iniciales es suficiente para derivar el consecuente (B). Normalmente, se puede creer en la verdad de lo que ha dicho un testigo si no se ha mostrado nervioso y no ha incurrido en contradicciones al declarar. Que esta relación sea derrotada porque se cumplan las condiciones iniciales pero no se derive el consecuente porque se encuentra presente alguna condición derrotadora se considera un caso excepcional. El carácter excepcional de la derrota del condicional se ve reflejada en un proceso judicial en la posición asimétrica en la que se encuentran quien utiliza la regla como premisa para argumentar y quién pretende cuestionar su argumentación. Quién formula un argumento probatorio en el que algunas de sus premisas tácitas es una ley de la experiencia (o de la psicología común) sólo tiene la carga de probar que se cumplen las condiciones iniciales para su aplicación en el caso concreto. No tiene la obligación de poner en evidencia su carácter derrotable ni de probar que no están presentes ninguna de las condiciones derrotadoras. Es la parte que pretende cuestionar la solidez del argumento la que tiene la carga de probar que hay evidencias legítimamente introducidas en el proceso que permiten afirmar la verdad de algunas de las condiciones derrotadoras en ese caso en particular. Resumiendo, es el caso excepcional el que debe ser defendido con argumentos o evidencias. Mientras que quien se vale de la regla de la experiencia para apoyar la verdad del caso normal sólo tiene que mostrar que se cumplen las condiciones iniciales y hacer uso de ella como premisa, quien pretenda defender el caso excepcional deberá probar que en ese caso particular se dan ciertas circunstancias que

permiten derrotar la inferencia que pretende llevar a cabo la otra parte.

No se puede cuestionar el uso de una regla de la sana crítica sin justificación racional para hacerlo. Para refutar un argumento en el que se utiliza una de esas reglas derrotables como premisa tácita no basta con poner de manifiesto que por su estructura lógica "podrían existir excepciones a su aplicación que no han sido consideradas". La mera posibilidad de que podamos estar en presencia del caso excepcional, la que no se puede descartar nunca de antemano por el carácter derrotable de las reglas de la experiencia, no constituye una razón suficiente para cuestionar la justificación. Todo intento de refutación que no tenga como fundamento la prueba de que en el caso particular se cumplen algunas de las condiciones refutadoras resulta ineficaz desde el punto de vista argumentativo. Constituye lo que se suele llamar un simple "desafío gratuito" o "desafío desnudo"[22].

Teniendo en cuenta lo dicho hasta el momento sobre la estructura lógica y el funcionamiento de las llamadas "leyes de la experiencia y de la psicología común", podemos distinguir dos maneras en las que se podría refutar un argumento probatorio que las empleara como premisas (tácitas o explícitas). La primera consiste en mostrar que no se cumplen algunas de las condiciones iniciales de aplicación de la regla, en los dos casos que hemos detectado en nuestro ejemplo habría que probar respectivamente que en realidad no había una balanza de precisión con restos de estupefacientes entre las pertenencias del imputado o que el testigo en realidad se mostro nervioso o contradictorio en sus dichos. Esta refutación tendría la forma lógica "No-B porque No-A" (en términos de nuestra formulación), pero la inferencia de "Si A entonces B" a "Si No-A entones No-B" no es válida desde el punto de vista lógico. Por lo tanto, en el marco de un proceso judicial, sólo sería efectiva para defender la verdad de No-B en los casos en los que se negara la verdad de ciertas condiciones necesarias y la parte que utilizó la regla ya no tuviera ninguna posibilidad de ampliar su argumentación

---

[22] Cf. Böser y otros 2013: 5.

o de requerir la práctica de nuevas pruebas. En cualquier otro caso, la refutación tendría el efecto de producir un cambio en la carga de la prueba, de manera tal que al argumentador que utilizó las reglas derrotables en primer término todavía podría defender la verdad de B apelando a nuevas razones en su apoyo[23].

La segunda vía para intentar refutar un argumento en el que se empleen este tipo de reglas parte de aceptar que se cumplen las condiciones iniciales, pero niega que el estado de cosas derrotable se siga de su mera satisfacción en virtud de la regla adoptada, porque se puede probar que en el caso particular concurren algunas de las condiciones derrotadoras. La estructura lógica de esta forma de refutación es: "No-B (a pesar de A) porque C". Como las posibles condiciones derrotadoras son tantas y tan variadas, las reglas derrotables no las incluyen en su formulación al ser utilizadas. Es por ello que el argumentador que pretenda refutar un argumento en el que son utilizadas tiene la carga de probar dos afirmaciones para tener éxito en su desafío: (1) que la regla incluye entres sus potenciales condiciones derrotadoras aquella que pretende hacer valer en su cuestionamiento, y (2) que en el proceso existen evidencias que permiten afirmar que en ese caso en particular se cumple alguna de dichas condiciones. Una vez delimitado el conjunto de condiciones derrotadoras que se pretenden hacer valer, nada impide que se reformule la regla a cuestionar como si las condiciones derrotadoras fueran en realidad condiciones negativas de aplicación (excepciones): "Si A y No-C entonces B". De esta forma se puede observar que la estructura lógica de la refutación sería similar a la de la primera variante refutadora: "Si C y A entonces No-B", por lo que todo lo dicho para ella anteriormente resultaría de aplicación también a esta variante.

Retomemos nuestro ejemplo inicial para verlo con mayor claridad. La argumentación probatoria en el caso del imputado K, una vez detectadas la presencia de ciertas reglas de la experiencia y de la

---

[23] Cf. Böser y otros 2013: 6.

psicología común como premisas tácitas merced al uso de las reglas de la lógica, podría ser reconstruida de la siguiente forma:

> Primer argumento
> *Premisa*: El testigo Z ha dicho, sin mostrar signo alguno de nerviosismo y sin incurrir en contradicciones, que sobre la mesa del imputado K y junto a la droga secuestrada había una balanza de precisión con restos de estupefacientes.
> *Premisa tácita (ley de la psicología común)*: Si un testigo no muestra signos de nerviosismo ni incurre en contradicciones al declarar y hacer una afirmación, entonces dicha afirmación se puede aceptar como verdadera.
> *Conclusión:* El imputado K tenía sobre su mesa y junto a la droga secuestrada una balanza de precisión con restos de estupefacientes.
>
> Segundo argumento
> *Premisa*: El imputado K tenía, junto al resto de la droga secuestrada, una balanza de precisión con restos de sustancias estupefacientes.
> *Premisa tacita (ley de la experiencia)*: Si un sujeto tiene en su poder una balanza de precisión junto a la droga secuestrada, entonces poseía la droga secuestrada con la intención de comerciar con ella.
> *Conclusión*: El imputado K tenía sustancias estupefacientes con la intención de comerciar.

Para evaluar esta argumentación es necesario determinar la solidez de cada uno de los argumentos que la componen. Dada la dependencia que tiene el segundo argumento respecto del primero, cualquier falla que se pudiera detectar en aquel tendría un efecto cascada, afectando de la misma manera al argumento principal. El uso de las reglas de la sana crítica comienza mucho antes de contar con una reconstrucción de este tipo. Hemos visto cómo las leyes de la lógica sirven para identificar premisas tácitas en las argumentaciones formuladas en lenguaje natural –en este caso las leyes de la experiencia y de la psicología común que figuran como premisas en la reconstrucción debieron ser identificadas previamente de esa manera– durante la etapa interpretativa. Una vez que se ha logrado una reconstrucción completa de la argumentación

probatoria se la debe someter a dos pruebas (1) una prueba lógica, en la que se debe volver apelar a las leyes de la lógica para determinar la fuerza lógica que cabe atribuir al argumento[24], y (2) una prueba de veracidad, en la que se debe poner a prueba la plausibilidad de las premisas utilizadas, lo que incluye valorar las reglas de la experiencia y de la psicología que se pudieran haber empleado, para lo que resulta de fundamental importancia el conocimiento de su estructura lógica –tarea a la que hemos dedicado gran parte de esta sección del trabajo–. El carácter derrotable de estas reglas o leyes no alcanza para justificar un cuestionamiento de argumentos como los que estamos analizando. Quién utiliza las reglas sólo debe probar que las condiciones iniciales de aplicación se cumplen en el caso particular sobre el que se argumenta. Si prestamos atención a la argumentación probatoria precedente, veremos que la función del primer argumento es demostrar que en el caso K se cumplen dichas condiciones iniciales. Si no se utilizan algunas de las dos vías de refutación posibles en esto casos –probar que no se cumplen las condiciones iniciales o apelar al carácter derrotable de esas reglas mostrando que ciertas condiciones operan como derrotadores potenciales y que se puede probar la existencia de alguna de ellas en la causa–, entonces se debería aceptar que la argumentación probatoria es sólida, y que el esfuerzo argumentativo para justificar la verdad de su conclusión ha sido exitoso.

VI. Conclusiones

Hemos mostrado que el conjunto de las llamadas "reglas de la sana

[24] En el trabajo hemos reducido el campo de la lógica a la llamada "lógica deductiva" por razones de espacio. En ocasiones la tarea de reconstrucción muestra que la mejor manera de interpretar un texto argumentativo es atribuyéndole la intención de formular argumentos de tipo inductivo. Las reglas de la sana crítica también aluden a las leyes de la lógica inductiva, aunque su naturaleza y aplicación difieran notablemente de las de su pares deductivas. Por ello hemos optado por hablar de la "fuerza lógica" del argumento, pues en ocasiones se tratará de evaluar la validez deductiva y en otras el grado de fuerza inductiva que cabe dar al argumento.

crítica" está formado por un conjunto heterogéneo de reglas (o leyes) que poseen distinta naturaleza epistémica y cumplen funciones argumentativas diferentes en el control racional de las argumentaciones probatorias. Las leyes de la lógica son verdaderas por razones formales y sirven para evaluar la estructura de los argumentos y detectar las premisas tácitas en los textos argumentativos. A pesar de que en este trabajo nos limitamos a presentar sólo un subconjunto de dichas leyes, se podría ampliar considerablemente la muestra, lo que redundaría en beneficio del jurista práctico que quiera utilizarlas sin tener que recurrir a los textos específicos de esa disciplina. No sería descabellado plantearse la tarea de listar el conjunto de leyes de la lógica más importantes que forman las llamadas "reglas de la sana crítica".

No ocurre lo mismo con los otros tipos de reglas de la sana crítica que se suelen denominar "leyes de la experiencia y de la psicología común". Estas reglas no son formales, tienen contenido empírico, son susceptibles de ser verdaderas o falsas. Su función no es la de evaluar los argumentos, sino que son componentes esenciales de ellos. Actúan como premisas (por lo general tácitas) en las argumentaciones probatorias. Cómo forman parte del conocimiento ordinario presupuesto por los argumentadores, no pueden ser listadas e identificadas con anterioridad a su uso como premisas en ciertos argumentos. Se las denomina "leyes" porque son enunciados condicionales generales, pero su estructura profunda no es la misma que la de las leyes de la lógica, porque son condicionales derrotables. Esta característica tiene consecuencias muy importantes a la hora de evaluar las argumentaciones que las emplean.

Este trabajo es una primera aproximación a una cuestión que merecería un examen mucho más amplio. Quedan sin tratar muchos aspectos que pueden ser de relevancia para comprender mejor la naturaleza y función de las reglas de la sana crítica: ¿Qué ocurre cuando la mejor reconstrucción de un texto argumentativo es aquella que le atribuye una estructura inductiva a sus argumentos? ¿Qué leyes se aplican en esos casos? ¿No se podrían construir catálogos con las principales leyes de la experiencia y de la psicología común utilizadas

por los tribunales en ciertos tipos de causas? ¿No se podría ofrecer una lista, aunque sea parcial, de potenciales derrotadores para dichas reglas que pudieran servir de guía al jurista práctico? Esto es sólo una muestra del trabajo que queda por realizar en torno a la naturaleza de las "reglas de la sana crítica". Esperamos que nuestro trabajo sirva para impulsar a otros investigadores a abordarlos.

Referencias bibliográficas

ALCHOURRÓN, Carlos E. 1995. "Concepciones de la lógica", en C. Alchourrón, José M. Méndez y Raúl Orayen (eds.), *Lógica*, Madrid: Trotta-C.S.I.C., pp. 11-48.

BLÖSER, Claudia, Mikael Janvid, Hannes Ole Matthiessen, y Marcus Willaschek. 2013. *Defeasibility in Philosophy. Knowledge, Agency, Responsibility, and the Law*. Amsterdam - New York: Rodopi.

BONORINO, Pablo. 2013. "Razonamiento abductivo y prueba judicial" en Ortega García, R. (Coord.), *Teoría del Derecho y argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 313-344.

———. 2014. "Los eslabones perdidos", ponencia presentada en las *Jornada sobre Razonamientos en la Sentencia Judicial* celebradas el 23 de mayo de 2014 en la Universidad de Murcia, España. En prensa.

CAFFERATA NORES, José. 1986. *La prueba en el proceso penal*, Bs. As., Depalma.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. 1960. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, *Volúmen V. La actividad probatoria,* Bs. As., Ediar.

D'ALBORA, Francisco. 1982. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2 volúmenes.

ECO, Umberto. 1989. "Cuernos, cascos, zapatos: algunas hipótesis sobre tres tipos de abducción", en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (eds), *El signo de los tres*, Barcelona, Lumen, pp. 265-294.

ENNIS, Robert H. 1982. "Identifying implicit assumptions." *Synthese*, 51, pp. 61-68.

GARRIDO, Manuel. 1997. *Lógica simbólica*. Madrid: Tecnos.

GERRITSEN, Susanne. 1999. "The History of the Enthymeme", en Eemeren, F. H. Van, Grootendorst, R., Blair, J. A. y Willard, C. A. (eds.), *Proceedings of the Fourth International Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam: Sic Sat, pp. 225-240.

———. 2001. "Unexpressed Premises", en Eemeren, Frans H. Van (ed.), *Crucial concepts in argumentation theory*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 51-80.

HAACK, Susan. 1982. *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Cátedra.

HASSEMER, Winfried. 1984. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch.

HART, H. L. A. 1949. "The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49 (1948-49), pp. 171-194.

MAIER, Julio B. J. 1989. *Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo 1, Fundamentos*, Bs. As., Hammurabi, 2 volúmenes.

MUÑOZ SABATÉ, Lluis, "Probática. ¿Y por qué no Sherlock Holmes?", *La Ley* [Madrid], No. 7947, 19 de octubre de 2012.

VELEZ MARICONDE, Alfredo. 1956. *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Córdoba, IUC, 2 volúmenes.

SUBSUNCIÓN Y PONDERACIÓN. MODELOS DE RELACIÓN

José Manuel Cabra Apalategui*

Hace algunos años, Manuel Atienza denominó "sentido común jurídico" lo que debería constituir un acuerdo de mínimos sobre las tres grandes cuestiones que han vertebrado el debate sobre la ponderación; a saber: en qué consiste la ponderación y cuál es su diferencia específica con la subsunción; cuándo es necesario y/o está justificado ponderar; y si la ponderación es un procedimiento racional y en qué consistiría esa racionalidad. Una vez fijado este punto de partida, se podrían discutir otros asuntos más concretos, que constituirían la verdadera agenda del debate sobre la ponderación[1]. Sin embargo, aquello que, según Atienza, es de "sentido común", dista mucho, todavía hoy, de ser asunto resuelto (y no parece que puedan despacharse por irrazonables o carentes de sentido aquellas tesis que no coinciden con las suyas). Por lo demás, aquí no se pretende cuestionar directamente las tesis de Atienza sobre estas cuestiones –qué es, cuándo se usa y si es racional la ponderación–, sino constatar el hecho de que las respuestas que se den a las mismas están conectadas con discusiones que la teoría del derecho y filosofía moral no han dado por finiquitadas y, probablemente, nunca lo hagan.

Y es que el carácter controvertido de las tres cuestiones planteadas obedece a que su respuesta depende, en mayor o menor medida, de presupuestos teóricos, meta–éticos e incluso de cómo se conciba la propia ponderación. Así, quien sostenga una teoría de la norma jurídica que contemple la distinción estructural entre principios y reglas, deberá asu-

---

* Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Contratado–Doctor de Teoría y Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga. jcabra@uma.es. ORCID: 0000-0001-6032-5112.

1 Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Lima/Bogotá, Palestra/Temis, pp. 9 y ss; Atienza, Manuel, "Ponderación y sentido común", en *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 147–165.

mir la ponderación como una necesidad metodológica, esto es, como la forma propia y única de aplicar un específico tipo de normas –los principios–; mientras que quien discuta esa distinción estructural verá en la ponderación, a lo sumo, una estructura argumentativa –un recurso– a disposición del decisor, que hará uso de la misma a voluntad. Por otro lado, cuándo esté justificado ponderar no es algo que pueda solventarse al margen de una teoría acerca de las obligaciones de los jueces[2] ni obviando las ideologías jurídicas que se manifiestas en las distintas respuestas disponibles[3]. Y, en fin, difícilmente podremos dilucidar si la ponderación es un procedimiento racional y en qué medida lo es sin antes haber despejado la cuestión de en qué consiste y cuál es su estructura formal[4], pero, sobre todo, si nuestros juicios de valor son susceptibles de objetividad o no.

En lo que sigue me ocuparé únicamente de la relación de la ponderación y la subsunción como esquemas argumentativos. En la doctrina es posible distinguir, al menos, cuatro tesis sobre la ponderación que definen otros tantos modelos o formas de relación entre subsunción y ponderación. Debe advertirse, no obstante, que sólo algunas de estas tesis son excluyentes entre sí, mientras que otras pueden ser vistas como complementarias, pues su diferencia no está en que hagan afirmaciones contradictorias, sino en que ponen el foco en distintos aspectos de la ponderación.

---

2 Hernández Marín, Rafael, "¿Por qué ponderar?", *Doxa* 41, 2018, pp. 15–33, aquí, p. 30.

3 Cabra Apalategui, José Manuel, "Democracia, argumentación e ideologías jurídicas", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 34, 2016, pp. 56-77.

4 Doy por sentado que a estas alturas no es preciso explicar la estructura de la ponderación en su formulación estándar desarrollada por Alexy (subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad), así como las leyes sustantiva y epistémica de la ponderación y la "fórmula del peso"; vid. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; Id. "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, 2002, pp. 13-64; Id. "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Iuris* 16 (4), 2003, pp. 433-49.

Antes de analizar las distintas tesis acerca de la ponderación es preciso sentar una cuestión previa. La ponderación es un procedimiento para la resolución de antinomias, y más precisamente, de un determinado tipo de antinomias: las que se dan entre normas constitucionales, ya sea entre un derecho fundamental y un bien constitucional, ya sea entre dos derechos fundamentales. Por tanto, se pondera en situaciones de conflicto normativo, esto es, situaciones en las, al menos, dos normas válidas cuyas consecuencias jurídicas son incompatibles resultan aplicables al caso. Pero, además, al identificar en qué circunstancias se aplica una u otra (o, como suelen decir los partidarios de la ponderación, en qué circunstancias una norma *precede* a otra), mediante la ponderación se está, simultáneamente, determinando el contenido *definitivo* de las normas y resolviendo el conflicto normativo.

I. Tesis de la *alternatividad*

Según esta tesis, la subsunción y la ponderación son las dos formas básicas de aplicar las normas jurídicas[5]. Esta distinción es –según sus valedores– consecuencia de la existencia en los sistemas jurídicos modernos de dos tipos de normas: las reglas y los principios[6], cuyas propiedades estructurales hacen que su aplicación discurra por procedimientos distintos alternativos: o bien se subsume o bien se pondera. Las reglas, que son normas con una estructura hipotética y que presentan una condición de aplicación cerrada, se aplican mediante subsunción, mientras que los principios, que son definidos como mandatos de optimización[7]

[5] Ente otros, Alexy, Robert, "On Balancing and Subsumption…", *cit.*, p. 433; Bernal, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa* 26, 2003, pp. 225-238, aquí , p. 225.; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, pp. 109 y ss.

[6] Bernal, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", *cit.*, p. 225; Id. "La racionalidad de la ponderación", *Revista española de Derecho Constitucional* 77, 2006, pp. 51-75.

[7] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2004.

o como normas con condición de aplicación abierta o indeterminada, se ponderan. Esta tesis, por tanto, es tributaria de una determinada concepción de las normas jurídicas en el Estado constitucional; o mejor, ambas tesis son correlativas, de manera que la afirmación –o la negación– de la una implica necesariamente la aceptación de la otra y viceversa[8].

Al describir la subsunción y la ponderación como las formas básicas de aplicar el derecho, diríase –aun cuando ni siquiera quienes formulan esta tesis estarían dispuestos a llegar tan lejos[9]– que nos encontramos ante dos esquemas o procedimientos argumentativos *primitivos,* a los que pueden reducirse todas las demás formas de aplicación y de justificación jurídica, y *excluyentes* entre sí[10]. Estas conclusiones, por lo que se dirá a continuación y por lo que se dirá a propósito de las teorías que mantienen la complementariedad de la subsunción y la ponderación, no se sostienen.

Como hemos indicado con anterioridad, el punto de partida de toda ponderación es el conflicto normativo. Por tanto, la tesis de la alternatividad asumiría que la identificación del contenido de los principios –o sea, de la mayoría de las normas constitucionales que reconocen derechos o bienes colectivos– y su aplicación se produce siempre en colisión con otros principios. Esto resulta discutible en muchos casos.

---

8 Vid. García Figueroa, Alfonso, "¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy", *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 333-370, especialmente, p. 339.

9 De hecho, Alexy afirma que "[e]sta diferencia es la expresión de dos dimensiones del razonamiento jurídico, una clasificatoria y otra gradual, que pueden y deben ser combinadas de muchas maneras para maximizar la racionalidad en la argumentación jurídica" (Alexy, Robert, "On Balancing and Subsumption…", *cit.*, p. 448).

10 Es posible un interpretación de la oposición subsunción–ponderación en la obra de Alexy según la cual ésta se justifica antes como un intento de superar los déficits de racionalidad del método subsuntivo, que como una consecuencia de las diferentes estructuras lógicas entre reglas y principios; vid. Garzón Cárdenas, Ricardo, "La subsunción de Alexy y la pregunta por la racionalidad de la ponderación", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM* 8, pp. 133–159.

Aunque la identificación del contenido y la aplicación de los principios resulten de una misma operación, pues al identificar las condiciones de precedencia entre uno y otro principio en determinadas circunstancias –o lo que es lo mismo, las condiciones en que resulta aplicable cada uno de ellos– se está, al mismo tiempo, identificando el contenido de esa norma y el alcance de sus consecuencias jurídicas, ambas cuestiones serán diferenciadas en aras de la claridad. Veamos primero la identificación del contenido de los principios. La identificación o delimitación del contenido de los principios no es necesariamente y en todos los casos el resultado de una ponderación entre una norma constitucional y aquella o aquellas normas fronterizas con las que entra o puede entrar en conflicto: identificar el derecho a no ser asesinado como parte del contenido del derecho a la vida no es el resultado de ponderar el principio que consagra el derecho a la vida y, pongamos por caso, el principio que consagra la libertad o cualesquiera otros intereses del asesino. Esto, evidentemente, no es una cuestión de ponderación, sino de interpretación de qué significa un enunciado como el del artículo 15 de la Constitución española "Todos tienen derecho a la vida".

Podría objetarse, no obstante, que este ejemplo representa un caso fácil que cae bajo el núcleo de certeza de la norma y que en los casos difíciles, aquellos que caen bajo la zona de penumbra, la solución no es tan evidente. Una zona de penumbra que, en el caso de los principios, no está determinada únicamente por problemas de vaguedad lingüística, sino por el potencial conflicto con otros principios. Por así decirlo, y a diferencias de las reglas, el ámbito de aplicación de los principios no se va difuminando hasta desaparecer a medida en que se aleja del núcleo de certeza del concepto jurídico contenido en la norma, sino que dicho ámbito de aplicación, a medida en que se aleja del núcleo de certeza del concepto jurídico contenido de la norma, se va solapando con el ámbito de aplicación de otros principios constitucionales con los que entra en conflicto. Es en esas zonas de intersección que se haría necesaria una ponderación. Por ejemplo, las expresiones ofensivas contra dogmas religiosos se encontrarían en esa zona de penumbra en la que libertad de

expresión se aleja de su núcleo de sentido, que es el de la crítica política y las libertades científica y artística, y comienza a invadir el ámbito protegido por la libertad ideológica, religiosa y de culto. Ahora bien, el problema que aquí se plantea –hasta dónde llega la libertad de expresión y, por ende, la protección a la libertad religiosa– no es, en realidad, un conflicto normativo, sino un problema de identificación y delimitación de sus contenidos, para cuya solución el intérprete no tendrá que recurrir necesariamente a criterios de proporcionalidad (ponderación).

Sobre la aplicabilidad de los principios, me parece bastante clarificadora la distinción de Luigi Ferrajoli entre principios *directivos* o *directivas* y principios *regulativos* o *imperativos*[11]. Los principios directivos son normas que enuncian valores o directivas de carácter político del tipo: " Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho" (artículo 44.1 Constitución española), y como el resto de los *Principios rectores de la política social y económica* contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución española. En estos casos –sostiene Ferrajoli– sí estamos ante mandatos de optimización, caracterizados, en primer lugar, por el hecho de que su observancia o cumplimiento puede ser gradual y, en segundo lugar, porque carecen de condición de aplicación que permitan determinar su inobservancia. En mi opinión, y partiendo de la caracterización de Ferrajoli, determinar si un principio directivo se ha observado o no depende de un juicio de valor, más o menos fundado, acerca de si un estado de cosas se corresponde con las expectativas genéricas e indeterminadas que derivan del principio en cuestión. Por ejemplo, si el estado de cosas resultante de las decisiones en materia cultural de las instituciones públicos es suficiente o satisfactorio (y aquí los criterios pueden ser diversos: el contraste con el páramo cultural del que se partía, la calidad de la vida artística actual de la comunidad, etc.).

---

[11] Ferrajoli, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista" *Doxa* 34, 2011, pp. 15–53, aquí pp. 37 y ss.

Los principios regulativos son normas que comprenden, ente otros, el principio de igualdad, los derechos de libertad o las garantías procesales. La diferencia de estos principios regulativos y las reglas legales no está en su estructura, sino en su formulación: mientras las reglas suelen estar formuladas en relación a su violación y consiguiente aplicación –"El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años" (artículo 138.1 Código Penal)–, los principios regulativos están formulados con referencia a su respeto. Esta diferencia de estilo –sostiene Ferrajoli– obedece a dos motivos: "en primer lugar, porque los principios enuncian expresamente y, por ello, solemnemente, los valores ético políticos que proclaman, en relación con los cuales, las reglas son, en cambio, "opacas"; y en segundo lugar, y sobre todo, porque aquéllos, cuando enuncian derechos, sirven para explicitar la titularidad de las normas constitucionales que confieren derechos a las personas o los ciudadanos y, de ahí, la colocación de éstos en posición supra–ordenada al artificio jurídico, como titulares de otros fragmentos de la soberanía popular"[12]. Pero, en definitiva, una norma que enuncia un derecho fundamental equivale a la regla que establece la correlativa obligación o prohibición, esto es, la regla que define la posición del titular del derecho en el marco de la relación jurídica con el Estado o con terceros. Esto se ve claramente cuando se produce una violación del derecho: para determinar dicha violación formulamos el derecho como una regla que enuncia las prohibiciones o las obligaciones que no fueron observadas.

En conclusión, ni la identificación de su contenido, ni la aplicación de los principios, exigen llevar a cabo una ponderación, porque de ellos se pueden extraer obligaciones y prohibiciones precisas que permiten su aplicación como simples reglas y no como principios. Con ello, además, se mostraría la artificiosidad de otra de las tesis fuertes de los defensores de la ponderación, cual es el carácter antinómico de la constitución y, en general, del sistema jurídico. La idea de que los principios y los derechos

---

[12] *Ibidem*, p. 39.

que ellos enuncian están en conflicto es el presupuesto de la mayoría de las teorías sobre la ponderación.

II. Tesis de la *complementariedad metodológica*

Frente a la anterior caracterización de la ponderación como un esquema o procedimiento argumentativo alternativo a la subsunción, se ha sostenido que, en realidad, ambos "operan en fases distintas de la aplicación del Derecho"[13]. Y ello por la sencilla razón –ya apuntada– de que la ponderación parte de un conflicto normativo, esto es, para ponderar es preciso constatar que en el caso en cuestión resultan aplicables dos principios contradictorios, y esto no es sino afirmar que el caso en cuestión es *subsumible* en el supuesto de hecho de ambos principios.

Pero no es este el único momento en que opera la subsunción en el razonamiento orientado a la identificación del contenido y a la aplicación de los principios. Dado que la solución al conflicto entre principios consiste establecer una relación de precedencia entre ambos principios condicionada por las circunstancias del caso, ésta relación de precedencia puede expresarse como una regla. Es lo que Alexy denomina la *ley de colisión*, según la cual, "[l]as condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente"[14]. Esto es, el resultado de la ponderación es una regla que permite subsumir –o, si se prefiere, presentar como una subsunción– el caso individual en cuestión. De este modo, antes que como un esquema o procedimiento alternativo a la subsunción, la ponderación se configura "como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para

---

[13] Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 193; vid. también de Prieto Sanchís "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", *Revista de Ciencias Sociales* 45, 2000, pp. 469-499 y "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 123-158.

[14] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit*., p. 94.

regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso"[15].

Esta tesis presenta la subsunción y la ponderación como esquemas o procedimientos argumentativos complementarios cuando se trata de aplicar (y resolver conflictos de) normas constitucionales, de ahí que la haya denominado *tesis de la complementariedad metodológica*.

El esquema lógico de la ponderación sería el siguiente:

(1) (x) P*a*x [P_1]
(2) (x) Ph*a*x [P_2]
(3) C $\rightarrow$ $P_1 > P_2$
(4) C $\rightarrow$ P*a*x

Esto es, un principio P_1 califica una acción individual *a* como permitida (P), y otro principio P_2 califica como prohibida (Ph) esa misma acción. El tribunal debe decidir si a la vista de las circunstancias relevantes concurrentes en el caso (C), el principio P_1 prevalece (>) sobre el principio P_2 (o viceversa). La conclusión de este razonamiento, que formula una regla en los términos de la *ley de colisión*, es que en las circunstancias C la calificación jurídica de la acción individual *a* es la del principio prevalente.

Pero para poder afirmar las premisas (1) y (2), el decisor, previamente, ha debido identificar la acción individual *a* como una instancia de dos acciones genéricas A_1 (por ejemplo, publicar información) y A_2 (por ejemplo, invadir la esfera de intimidad personal), cuya calificación jurí-

[15] Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *cit*., p. 194. En el mismo sentido, Bayón sostiene que "ponderar no es una forma de aplicar normas esencialmente distinta de la subsunción, sino, simplemente un paso previo a ésta" (Bayón, Juan Carlos, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", en Bayón, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 263-309, en especial, p. 302. Vid. también en este sentido Moreso, José Juan "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Robert Alexy *et al. Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 223-248, en especial, p. 237–8; Id. "Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism", *Ratio Iuris* 25 (1), 2012, pp. 31-46, aquí p. 39.

dica respectiva es incompatible con la otra[16]. Esto es:

(1) (x) PA_1
(2) (x) $a \rightarrow A_1$
(3) (x) P*a*x [P_1]

Y:

(1) (x) PhA_2
(2) (x) $a \rightarrow A_2$
(3) (x) Ph*a*x [P_2]

La segunda premisa de cada uno de los razonamientos anteriores es una *premisa interpretativa individual* o *premisa subsuntiva*, pues establece, en cada caso, que una acción *a* es una instancia del supuesto de hecho abstracto de la norma.

El último paso de un razonamiento de este tipo es presentar la decisión judicial como la aplicación de la regla resultante de la ponderación de los principios P_1 y P_2:

(4) $C \rightarrow P$*a*x

En consecuencia, la tesis de la complementariedad metodológica nos dice, en primer lugar, que en el razonamiento jurídico no sólo pueden alternarse las operaciones subsuntivas y las ponderativas, sino que en los casos de colisión de principios resulta necesario que así sea; pero, sobre todo, y esto es lo que merece ser destacado, que la aplicación de normas jurídicas adopta en última instancia la forma de una subsunción[17].

---

[16] Las normas regulan acciones genéricas calificándolas deónticamente como prohibidas, permitidas u obligatorias; por ejemplo, la norma que obliga al comprador a pagar el precio o al vendedor a entregar la cosa. Las acciones individuales son las instancias de esas acciones genéricas; por ejemplo, la obligación de un sujeto A de pagar a un sujeto B el precio acordado y la obligación del sujeto B de entregar al sujeto A la cosa objeto de la compraventa. Sobre la distinción entre acciones genéricas y acciones individuales, vid. Alchourrón, Carlos, "Sobre Derecho y Lógica", *Isonomía* 13, 2000, pp. 11-33.

[17] García Amado, Juan Antonio, "La esencial intercambiabilidad del método pon-

En segundo lugar, esta tesis no presupone una distinción estructural entre principios y reglas en el sentido en que lo hace la tesis de la alternatividad. Por otra parte, sostener, como parece deducirse de esta tesis, que la ponderación *transforma* los principios en reglas resulta inexacto, pues ignora lo que se ha dicho a propósito de los principios regulativos, esto es, que las normas constitucionales que enuncian derechos contienen ya, siquiera parcialmente, y sin necesidad de ponderar, las condiciones de observancia.

Y en tercer lugar, que la presentación del caso particular como una colisión de principios es una *construcción* que depende de la interpretación que se haga de los principios en un doble sentido: por un lado, depende de la interpretación que se haga de una determinada norma *potencialmente*[18] aplicable que ésta sea o no efectivamente relevante en el caso particular; o dicho de otro modo, depende de la interpretación que de la norma constitucional se haga que el caso individual sea una instancia de la acción genérica regulada por la misma y pertenezca al ámbito de aplicación de la norma; y, por otro lado, depende de la interpretación que se haga de ambas normas simultáneamente que éstas entren en conflicto de manera que un mismo caso pertenezca a sus respectivos ámbitos de aplicación o no[19].

---

derativo-subsuntivo y el interpretativo–subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)", en *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, Puno, Zela, pp. 157–189.

18 Como se desprende del texto, esta *potencialidad* tiene aquí un sentido más débil que la *aplicabilidad prima facie* y opera en la primera aproximación al problema, en el momento de la "comprensión", previa a la interpretación orientada a la resolución del caso particular.

19 Vale aquí, por tanto, la tesis defendida por Ricardo Guastini de que las antinomias son fruto de la interpretación y que la interpretación, lo mismo que puede crear, también puede evitar las antinomias (Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, trad. Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 121 y s.; vid. también García Amado, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", en Robert Alexy *et al. Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 249-331.

III. Tesis de la *complementariedad justificativa*

En otro lugar, Alexy ha sostenido que, así como la estructura de la subsunción representa en qué consiste la justificación interna del razonamiento subsuntivo, la estructura de la ponderación, y, más concretamente, la llamada *fórmula del peso* (*Gewichtsformel*)[20], representa la justificación interna del razonamiento ponderativo[21]. Atienza, sin embargo, introduce la siguiente corrección a la afirmación de Alexy: la fórmula del peso no es la justificación interna de la ponderación, sino la justificación externa de una de las premisas del razonamiento cuando se trata de resolver conflictos entre principios jurídicos.

Según Atienza, la ponderación forma parte de un procedimiento compuesto por varios pasos:

(i) Primero, se constata que para un mismo caso existen razones justificatorias (principios, valores) que apuntan a soluciones contradictorias e incompatibles; en otras palabras, se constata una contradicción normativa en virtud de la cual una misma conducta es calificada deónticamente de manera diferente por dos normas –dos principios– del sistema jurídico.

(ii) Segundo, consideradas las circunstancias del caso, se establece una relación de prioridad entre los principios. Esta relación de prioridad es expresada como una regla "que supone la traducción en términos

---

[20] La *fórmula del peso* articula la relación de todos los elementos que deben ser considerados en la ponderación, relación que es expresada por el cociente entre dos magnitudes, la primera de las cuales se obtiene de valorar el grado de afectación, el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes al grado de afectación del principio P_1, y la segunda de valorar el grado de satisfacción, el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes al grado de satisfacción del principio P_2.

[21] Alexy, Robert, "Epílogo…", *cit.*; Id. "On Balancing and Subsumption", *cit.* Sobre la distinción entre la justificación interna y externa, vid. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 214 y ss.

deónticos de esa prioridad"[22]. El contenido de esta regla no es otro que el expresado por la ley de colisión que hemos mencionado más arriba. Algo así como: "en las circunstancias *c* está permitido/prohibido o es facultativo [la consecuencia jurídica del principio prevalente] realizar la acción *a*".

(iii) El tercer y último paso de este procedimiento sería la subsunción del caso en esa regla resultante del paso anterior.

Pues bien, la estructura de la ponderación –sostiene Atienza– sería la justificación externa o el esquema lógico de la justificación externa de la premisa que establece una relación de prioridad condicionada entre los principios en colisión[23]; en nuestra formalización anterior:

$$(3)\ C \rightarrow P_1 > P_2$$

La reconstrucción de Atienza del razonamiento jurídico ponderativo es plenamente coincidente con la presentada por la *tesis de la complementariedad metodológica*. En realidad, aquélla y ésta, que denomino *tesis de la complementariedad justificativa,* no son incompatibles, sino –valga la redundancia– complementarias. Así, mientras la primera tesis destaca los aspectos metodológicos o estructurales del razonamiento, esta segunda se centra en los aspectos normativos[24]. Una cosa es establecer una relación de prioridad condicionada entre dos normas y otra su justificación. La relación de prioridad es, como hemos visto, un paso necesario para construir una regla que permita determinar si una acción individual *a* está prohibida, permitida o es obligatoria. En cambio, la fórmula del peso es un criterio para determinar qué relaciones de prioridad son

---

[22] Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona, Ariel, 2006, p. 170.

[23] Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, *cit*., p. 172; Id. "Ponderación y sentido común", *cit*.; vid. también Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, *cit*., p. 27.

[24] Sobre la distinción entre las dimensiones conceptual, metodológica y normativa de la ponderación, vid. Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 205.

correctas o están justificadas[25].

Según lo veo, el esquema de la ponderación funcionaría aquí como un *esquema auxiliar* o *secundario* (*Nebenschemata*), en la denominación de Koch/Rüβmann[26]. Para estos autores el razonamiento jurídico tiene estructura deductiva y se corresponde con el esquema subsuntivo-interpretativo (*Hauptschemata*). Los esquemas auxiliares o secundarios serían formas de argumento orientadas a justificar alguna de las premisas del esquema principal, como es el caso de la ponderación según la tesis de la complementariedad justificativa. Pero, si esto es así, si se asume que el esquema argumentativo de la ponderación funciona como un esquema auxiliar o como justificación externa de la premisa que establece una condición de precedencia condicionada, entonces difícilmente se podrá cuestionar que la reconstrucción más adecuada del razonamiento jurídico tiene un fundamento interpretativo-subsuntivo. De hecho, la misma premisa que la ponderación viene a justificar, esto es, la regla de prioridad condicionada, puede verse como una premisa interpretativa. Al establecer las condiciones en las que una norma precede a otra, la regla de prioridad está *especificando*, al menos en parte, las condiciones de aplicación de la norma precedente, hasta ese momento indeterminadas y/o implícitas, lo que significa que, dadas esas condiciones, debe darse la consecuencia jurídica establecida por la norma. Simultáneamente, la regla de prioridad está especificando, al menos en parte, las excepciones, hasta ese momento implícitas, de la otra norma. En otras palabras, la relación condicionada de precedencia se puede expresar como un

---

[25] Quedan aquí al margen las objeciones y críticas que se puedan plantear acerca de su carácter más o menos racional.

[26] Koch, Hans–Joachim y Rüßmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, C. H. Beck, 1982, p. 58. En mi opinión, gran parte del extenso debate mantenido por Juan Antonio García Amado y Alí Lozada en el blog del primero gira en torno a la cuestión de cómo y dónde ubicar la operación evaluativa en el razonamiento jurídico, algo que quizás esta idea de los esquemas auxiliares pudiera ayudar a solventar; vid. García Amado/Lozada (http://garciamado.blogspot.com.es/2015/03/otra-vez-sobre-ponderacion.html).

enunciado interpretativo[27] que establece en qué condiciones debe darse la consecuencia jurídica de una de las normas –la norma precedente– y, *correlativamente*, cuándo no debe darse la consecuencia jurídica de la norma no precedente. Es preciso subrayar aquí que la obtención de las condiciones de aplicación de la norma precedente y las excepciones a la norma no precedente a partir de la regla de prioridad se produce simultáneamente y no mediante un posterior razonamiento *a contrario*, puesto que la regla de precedencia no define el contenido de una de las normas, sino el de ambas. Puede decirse, por tanto, que la regla de prioridad expresa o contiene dos enunciados interpretativos correlativos, cada uno de los cuales hace referencia a una de las normas en conflicto, determinando su aplicación o no a casos particulares.

Hay una segunda razón que habla a favor de una reconstrucción del razonamiento jurídico en términos interpretativos–subsuntivos: el hecho de que la ponderación concluye en una subsunción. Los dos modelos que aquí he denominado *tesis de la complementariedad metodológica* y *tesis de la complementariedad justificativa*, sostienen la necesidad de subsumir el caso en el supuesto de hecho de la regla resultante de la ponderación. Sin embargo, y puesto que la regla se ha construido *ad hoc* para el caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes, no hay nada que subsumir. La subsunción resulta absolutamente superflua. Si se afirma que en un determinado caso, en el que concurren determinadas circunstancias, y atendiendo precisamente a esas circunstancias, un principio precede a otro y, por tanto, debe realizarse su consecuencia jurídica, ¿qué necesidad hay de comprobar si ese mismo caso, cuyas circunstancias concretas aparecen como condición de la relación de la precedencia de un

---

[27] Guastini, por el contrario, sostiene que hablar aquí de interpretación o enunciados interpretativos resulta simplificador; en su opinión, los principios no son objeto de interpretación, sino de concreción, que "no es una operación interpretativa en sentido estricto", sino un razonamiento no deductivo "cuya conclusión es la formulación de una "regla": una *nueva* regla, hasta ese momento no formulada, que constituye su "actuación" o "especificación""; Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, *cit*., p. 211 y ss.

principio sobre otro, presenta las circunstancias que permiten concluir que un principio precede a otro? De lo que se trata, en realidad, es de presentar la conclusión como el resultado de una subsunción, porque, en definitiva, en eso consiste la justificación jurídica.

IV. Tesis de la *intercambiabilidad*

La *tesis de la intercambiabilidad* se encuentra en las antípodas del modelo de la *tesis de la alternatividad*; si allí subsunción y ponderación eran dos esquemas o procedimientos diferenciados y excluyentes para la aplicación de normas jurídicas según fueran éstas reglas o principios, para el modelo de la intercambiabilidad "las diferencias entre el procedimiento o método de ponderación y el de subsunción son sólo aparentes o superficiales y todos o la mayoría de los casos judiciales (o al menos todos los casos difíciles) pueden ser reconstruidos y tratados de las dos maneras"[28].

En tanto que cualquier razonamiento que conduzca a la aplicación de normas puede ser reconstruido bien en términos subsuntivos, cuando el caso se presenta como un problema de calificación (y, por tanto, de interpretación), bien en términos ponderativos, cuando el caso se plantea como un conflicto de normas, está implícita en esta tesis la negación de la diferenciación estructural entre reglas y principios: no es la norma –su estructura lógica– la que determina el método de aplicación, sino la *construcción* o planteamiento del caso.

Por otra parte, y a diferencia de la tesis de la complementariedad metodológica, la tesis de la intercambiabilidad no concibe la subsunción y la ponderación como dos estructuras argumentativas que entran en juego sucesivamente cuando se produce un conflicto entre principios. Desde el punto de vista metodológico, tanto una como otra estructura son suficientes para plantear un caso y justificar racionalmente su solu-

---

[28] García Amado, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes…", *cit.*, p. 292.

ción[29]. Al fin y al cabo, la formulación de una relación de precedencia condicionada, que es la conclusión de todo razonamiento ponderativo, no es sino otra forma de expresar la calificación deóntica de una acción individual, que forma parte de todo razonamiento subsuntivo. En este sentido, ambos procedimientos son equivalentes. Ahora bien, ¿significa esta equivalencia metodológica que ambos procedimientos o métodos pueden ser usados *indistintamente* también desde un punto de vista justificativo? La respuesta a esta pregunta, que debe de ser en todo caso negativa, puede articularse de dos formas, dando lugar a sendas versiones de esta tesis, una versión *crítica* y otra versión *integradora*.

(i) La tesis de la intercambiabilidad en lo que hemos denominado su versión crítica sostiene, en primer lugar, la ponderación no es una reconstrucción plausible del tipo de razonamiento que jueces y tribunales realizan cuando resuelven un caso concreto. Cuando un tribunal decide acerca de si determinadas circunstancias son relevantes para identificar el alcance de un derecho –por ejemplo, si el hecho de que unas imágenes hayan sido obtenidas en un lugar público es un hecho relevante a la hora de identificar el alcance de la protección del derecho a la intimidad– o cuando decide acerca de si en un caso concreto concurren o no determinadas circunstancias –por ejemplo, si el lugar donde se obtuvieron unas imágenes es o no un lugar público– no está ponderando, por más que se trate de identificar el contenido de un derecho fundamental o de su aplicación a un caso concreto. Aquí, el tribunal, está resolviendo sendos problemas de interpretación y de calificación, respectivamente, o sea, su razonamiento se rige por una estructura argumentativa interpretativa–subsuntiva[30].

Pero, no obstante, hay ocasiones en los que jueces y tribunales operan verdaderamente según los esquemas ponderativos. Aquí las objeciones son de tipo normativo, y afectan especialmente a las consecuencias que

---

[29] *Ibidem*, p. 316.

[30] Vid. García Amado, Juan Antonio, "No es ponderar. Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Español /72014, de 27 de enero", en *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, Puno, Zela, 2019, pp. 235–257.

el uso de la ponderación tiene para la racionalidad jurídica y la distribución de poderes y competencias en el Estado constitucional. En relación con la racionalidad jurídica, la tesis de la intercambiabilidad en general, y esta versión crítica en particular, privilegia la racionalidad interpretativa frente a la ponderativa. Según los defensores del método subsuntivo, éste permite una mayor precisión analítica al exigir del intérprete que reconstruya todos los pasos intermedios del razonamiento según el "requisito de saturación"[31], lo que supondría una mayor aptitud de este método para el cumplimiento de las exigencias argumentativas en la justificación la decisión, por un lado, así como para posibilitar el control racional de esas decisiones, por otro[32].

Por otra parte, la "retórica de la ponderación" desplaza el núcleo de la argumentación de las razones interpretativas, orientadas a dotar de un significado más preciso a la norma sobre la base de consideraciones generales y *ad futurum*, a las razones de justicia del caso concreto, que son razones *ad hoc* sin vocación de generalidad[33]. El uso de uno u otro método es una cuestión de política judicial, según se quiera presentar la aplicación del derecho como un ejercicio más o menos complejo de técnica jurídica (subsunción) o, por el contrario, como una decisión justa y equitativa consideradas todas las circunstancias (ponderación). Se puede decir, incluso, que los tribunales constitucionales habrían adoptado la retórica ponderativa para diferenciarse de los tribunales ordinarios, aunque, en realidad, no exista una diferencia sustancial entre la actividad juzgadora de una y otra jurisdicción[34].

---

[31] Sobre este requisito de la argumentación, vid. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit*., p. 229.

[32] García Amado, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes…", *cit*., p. 317.

[33] García Amado, Juan Antonio, "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucinalismo", en Carbonell, Miguel (ed.) *Teor*. el casoonstrucciasos del razonamiento la distribucientemente crgativo onderativa de la interpretacidiferneila ponderacil sisía del neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2007, pp. 237-264, aquí, p. 249; Manuel Atienza/ Juan Antonio García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, *cit*., pp. 49 y s.

[34] García Amado, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes…", *cit*., p. 323.

La segunda objeción normativa al método ponderativo es su impacto en la distribución de los poderes y competencias en el Estado constitucional, especialmente como consecuencia del activismo judicial. Este activismo se manifiesta de manera evidente mediante la obtención por vía argumentativa de principios que no aparecen formulados expresamente en el texto constitucional y que, conforme a la lógica de la ponderación, son confrontados con otros principios que protegen derechos constitucionales o bienes constitucionales, por lo general, para justificar la limitación de estos últimos[35].

(ii) La versión integradora comparte el núcleo de la tesis de la intercambiabilidad, esto es, la equivalencia metodológica de subsunción y ponderación. Ahora bien, introduce un matiz importante: cada forma o esquema argumentativo pone el foco en un aspecto distinto del razonamiento; así, mientras la ponderación menciona las razones subyacentes pero no representa la secuencia lógica del razonamiento, la subsunción sí presenta los pasos del razonamiento, pero no incorpora las razones subyacentes que justifican cada uno de ellos.

Veámoslo con el ejemplo clásico del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, expresados por las acciones genéricas A_1 y A_2, respectivamente[36]. La norma que reconoce la libertad de expresión establece que está permitido (P) expresar ideas y opiniones:

---

[35] García Amado sostiene que otra forma de activismo judicial tiene lugar cuando los tribunales constitucionales ponderan derechos a la luz de las circunstancias del caso y valoran –califican– de nuevo los hechos probados, algo que corresponde a la jurisdicción ordinaria y que escapa a sus competencias, convirtiéndose así *de facto* en una suprema instancia judicial de superapelación; vid. García Amado, Juan Antonino, "Derechos y pretextos…", *cit.*, p. 250. Sin embargo, esta consecuencia parece inevitable cuando se trata de recursos de amparo constitucional. Si afirmamos que la actividad desarrollada por los tribunales constitucionales es interpretativa–subsuntiva, o que, en su caso, el razonamiento que sigue un esquema ponderativo puede ser reconstruido como un razonamiento subsuntivo, no cabe entonces otro modo de constatar que un derecho fundamental ha sido vulnerado que calificando los hechos conforme a una interpretación previa de la norma constitucional.

[36] En lo que sigue reproduzco, con algunas variaciones, la argumentación de García Amado, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes…", *cit.*, pp. 323 y ss.

(N_1) PA_1

La norma que reconoce el derecho al honor, por su parte, establece que está prohibido (Pr) proferir palabras que atenten contra el honor de un tercero:

(N_2) PrA_2

La situación resultante, y entendiendo que entre N_1 y N_2 existe una relación sistemática, de manera que la segunda establece un límite o una excepción a la primera[37], es la siguiente:

$PA_1 \leftrightarrow (A_1 \neg A_2)$

De ese modo, el conflicto entre ambos derechos se resuelve en sede interpretativa, identificando, primero, el significado del concepto de honor y, con ello, el contenido o alcance del derecho, por ejemplo, si los insultos (i) u ofensas atentan contra el honor del ofendido; y, en segundo lugar, determinando si el hecho enjuiciado –una acción individual *a*– es subsumible en el concepto así interpretado. Pongamos por caso que este hecho ha consistido en que un vecino ha llamado "ladrón" y "malversador" al presidente de una comunidad de vecinos en un escrito que ha divulgado entre los vecinos. El esquema subsuntivo sería el siguiente:

(1) $PA_1 \leftrightarrow (A_1 \neg A_2)$
(2) $i \rightarrow A_2$
(3) $a \rightarrow i$
(4) $\neg Pa$

Este esquema representa la justificación interna del razonamiento. La justificación externa del mismo, exige que se fundamenten el enunciado interpretativo general expresado en la premisa (2) –"insultar a un tercero es atentar contra su honor"– y el enunciado interpretativo indi-

---

[37] Vid. Cabra Apalategui, José Manuel, "¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental", en García Amado, J. A. (Coord.), *Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 49-75.

vidual expresado en la premisa (3) –"las expresiones "ladrón" y "aprovechado" son insultos–.

La ponderación, como hemos visto a propósito de la tesis de la complementariedad metodológica, tienen como punto de partida la constatación de que una acción individual *a* es subsumible en el supuesto de hecho de dos normas con consecuencias jurídicas incompatibles, o dicho de otro modo, es una instancia de dos acciones genéricas, A_1 y A_2, que son calificadas de forma distinta e incompatible por dos normas jurídicas. La solución de este conflicto en términos ponderativos viene dada por la formulación de una relación de precedencia entre ambas normas para el caso concreto. Que esta relación de precedencia (>) no tenga alcance absoluto y definitivo, sino que venga determinada por las circunstancias del caso, la define como una relación condicionada, tal que $(C_1 \ldots C_n) \rightarrow P_2 > P_1$, o en la forma abreviada que hemos venido usando $C \rightarrow P_2 > P_1$.

Ahora bien, la mera constatación de la concurrencia de determinadas circunstancias no justifica la relación de precedencia; únicamente sobre la base de razones o argumentos se puede fundamentar la relevancia de ésta o aquella circunstancias y, por tanto, la prevalencia de una de las normas en conflicto. La explicitación de las razones –llamémosles, siguiendo a García Amado, *razones circunstanciales* (R_C)– que justifican la relación de prevalencia requeriría modificar la representación del razonamiento:

$$(R_{C1} \ldots R_{Cn}) \rightarrow P_2 > P_1$$

Pero, lo que hace que una razón o a un conjunto de ellas sea relevantes en el caso concreto depende de la previa interpretación que se haga de la norma. Esta interpretación previa, que puede estar o no contenida expresamente en el razonamiento del tribunal, opera siempre en el mismo, aunque sea de modo tácito[38]. Cuando nos preguntamos si las expresiones "ladrón" y "malversador" proferidas por el vecino son

[38] García Amado, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes…", *cit.*, p. 328.

un ejercicio de la libertad de expresión amparado por el principio P_1 o, por el contrario, son una vulneración del derecho al honor protegido por el P_2, se plantean dos cuestiones: en primer lugar, si los insultos están amparados por la libertad de expresión o, por el contrario, son una vulneración del derecho al honor; y, en segundo lugar, si las expresiones "ladrón" y "malversador" cuentan como insulto. La primera es una cuestión interpretativa; la segunda, es un problema de subsunción. De ahí que deba introducirse aquí una distinción, distinguiendo, por un lado, entre *razones interpretativas* (R_I), que fundamentan enunciados interpretativos como "el insulto es un atentado contra el derecho al honor" o como "los insultos proferidos contra un cargo electo en ejercicio no constituyen un atentado contra su honor", y, por otro lado, entre *razones fácticas o circunstanciales* (R_C), que fundamentan enunciados subsuntivos como "las expresiones "ladrón" y "malversador" son insultantes" o "el Gobernador del Estado es un cargo electo". De este modo la relación de precedencia debería representarse como sigue:

$$(R_{I1}\ldots R_{In} \wedge R_{C1}\ldots R_{Cn}) \rightarrow P_2 > P_1$$

Como se ha indicado antes, la versión integradora de la tesis de la intercambiabilidad afirma que la diferencia entre los esquemas argumentativos subsuntivo y ponderativo es que mientras el primero representa la secuencia del razonamiento –(1) premisa normativa, (2) premisa interpretativa), (3) premisa subsuntiva, (4) conclusión–, pero no menciona las razones justificatorias de cada una de estas premisas, el esquema ponderativo no explicita estos pasos, pero, en cambio, sí incorpora la mención a las razones justificatorias. De la fusión de ambos esquemas argumentativos, obtendremos "*el esquema completo y común a todo caso difícil, sea o no de conflicto directo o inmediato entre derechos fundamentales*"[39]. A saber:

(1) $PA_1 \leftrightarrow (A_1\ \neg\ A_2)$
(2) $(R_{I1}\ldots R_{In})\ i \rightarrow A_2$
(3) $(R_{C1}\ldots R_{Cn})\ a \rightarrow i$
(4) $\neg\ Pa$

[39] *Ibidem*, p. 330.

Recapitulando, esta versión integradora de la tesis de la intercambiabilidad mantiene que ambos procedimientos, subsunción y ponderación, son complementarios, no en un sentido metodológico, sino justificativo: la estructura subsuntiva parece presentar con mayor claridad las premisas del razonamiento, su "justificación interna", mientras que la estructura ponderativa pone de relieve las razones que justifican las premisas de ese razonamiento, su "justificación externa". Ahora bien, repárese en que aquí la operatividad de las normas constitucionales no supone la conversión de los principios en reglas, ni supone una transformación en la estructura lógica de las normas, sino que responde a una operación esencialmente interpretativa.

Bibliografía

Alchourrón, Carlos, "Sobre Derecho y Lógica", *Isonomía* 13, 2000, pp. 11-33.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

———*Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

———"Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, 2002, pp. 13-64.

———"On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Iuris* 16 (4), 2003, pp. 433-49.

Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

———"Ponderación y sentido común", en *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 147–165.

Atienza, Manuel / García Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*. Lima/Bogotá, Palestra/Temis, 2012.

Atienza, Manuel / Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2004.

Bayón, Juan Carlos, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", en Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 263-309.

Bernal Pulido, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa* 26, 2003, pp. 225-238.

———"La racionalidad de la ponderación", *Revista española de Derecho Constitucional* 77, 2006, pp. 51-75.

Cabra Apalategui, José Manuel, "Democracia, argumentación e ideologías jurídicas", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 34, 2016, pp. 56-77.

———"¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental", en García Amado, J. A. (Coord.), *Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 49-75.

Ferrajoli, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista" *Doxa* 34, 2011, pp. 15–53.

García Amado, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 249-331.

———"Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel (ed.), *Teor.* el casoonstrucciasos del razonamiento la distribucientemente crgativo onderativa de la interpretacidiferneila ponderacil sisía del neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, pp. 2007, 237-264.

———"La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-subsuntivo y el interpretativo–subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)", en *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, Puno, Zela, 2019, pp. 157–189.

———"No es ponderar. Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Español /72014, de 27 de enero", en *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, Puno, Zela, 2019, pp. 235–257.

García Amado, J. A. / Lozada, A. (2015): (http://garciamado.blogspot.com.es/2015/03/otra-vez-sobre-ponderacion.html)

García Figueroa, Alfonso, "¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy", *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 333-370.

Garzón Cárdenas, Ricardo, "La subsunción de Alexy y la pregunta por la racionalidad de la ponderación", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM* 8, 2018, pp. 133–159.

Guastini, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, trad. Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Hernández Marín, Rafael, "¿Por qué ponderar?", *Doxa* 41, 2018, pp. 15–33.

Koch, Hans–Joachim y Rüßmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre*. *Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, C. H. Beck, 1982.

Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Moreso, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación", *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 223-248.

———"Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism", *Ratio Iuris* 25 (1), 2012, pp. 31-46.

Prieto Sanchís, Luis, "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", *Revista de Ciencias Sociales* 45, 2000, pp. 469-499.

———*Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

———Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003, pp. 123-158.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997.

JUSTICIA ELECTORAL PARA LA EQUIDAD DE GÉNERO: ¿SUFICIENTE PARA ERRADICAR LA VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LAS MUJERES?

Abril Uscanga Barradas*

I. Introducción

La primera mitad del siglo XX y XXI fue una época de expansión en relación a los derechos de la mujer a nivel mundial que tendría como finalidad lograr una mayor participación femenina en el poder político,[1] sin embargo, no solo se trató de un cambio normativo, como muchos pensarían, sino que va más allá, siendo un gran reto ideológico y cultural, hasta la actualidad.

Aunque la violencia política contra las mujeres, anteriormente invisible o inexistente por la falta de posibilidades de participación es cada vez más reconocida alrededor del mundo, especialmente en América Latina se han generado nuevas prácticas que limitan, buscan impedir o impiden la participación política de las mujeres. Lo anterior implica un fuerte contrasentido en torno a los ideales de un Estado Democrático de Derecho, y corrompe las grandes luchas que han librado las mujeres en busca del reconocimiento de sus derechos.

El presente trabajo tiene como objetivo presentar cómo ha sido entendida la violencia política de género, así como se muestran datos globales, resoluciones de Organismos Internaciones y ejemplos de los actuales que

---

* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, auscangab@derecho.unam.mx, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>.

[1] No hay que olvidar que, desde los inicios de la vida del México independiente, hubo demandas de reconocimiento de derechos de las mujeres; ejemplo de ello es la carta de las mujeres zacatecanas al Congreso Constituyente de 1824, o las mujeres que, al triunfo de la revolución maderista, reclamaron al presidente interino Francisco León de la Barra su derecho al voto, o el activismo de Hermila Galindo en el primer congreso feminista en Yucatán en 1916.

la participación de la mujer en la política ha desbordado en nuevos fenómenos jurídicos, políticos y sociales que deben ser abordados desde un cuidadoso análisis que implica una nueva perspectiva de género.

La violencia política contra las mujeres y la equidad de género representan grandes retos en el marco de la justicia electoral, en particular delimitaremos ciertos abordajes al caso mexicano, por ser uno de los países, catalogados por la ONU, con más violencia contra las mujeres a nivel mundial; no obstante, esta problemática no solo se limita a los feminicidios, la violencia en el hogar, el acoso laboral o el abuso sexual, sino que también existe la violencia contra las mujeres en el ejercicio de sus derechos político-electorales[2].

Durante el desarrollo, remitiremos el presente trabajo al estudio de casos tanto en el marco nacional como internacional, mediante un procesamiento y sistematización de datos inductivo que nos permitirá validar o refutar el paradigma creado en torno al establecimiento de una justicia electoral sólida, teniendo como hipótesis que no puede existir una justicia electoral verdadera sin haber erradicado la violencia política contra las mujeres.

II. Equidad de género y los derechos político-electorales

Los derechos políticos con los que vivimos y disfrutamos las mujeres en México son parte de nuestra historia reciente, misma que se remonta al 17 de octubre de 1953[3], fecha en la que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el reconocimiento del derecho de las mujeres a votar y ser votadas para puestos de elección popular en todas las elecciones del

[2] Vázquez Correa, Lorena, Acciones en el senado para combatir la violencia política contra las mujeres", Revista pluralidad y consenso, vol. 7, núm. 31, 2017, p. 59, *http://revista.ibd.senado.gob.mx/index.php/PluralidadyConsenso/article/view/400*, consultado el 14 de octubre de 2019.

[3] Bastante más tarde que países de la región como Ecuador que reconoció la ciudadanía de las mujeres en 1929, Brasil y Uruguay en 1932, Cuba en 1934, Panamá en 1945, Argentina y Venezuela en 1947, Chile y Costa Rica en 1949, Bolivia en 1952, entre otros.

país, lo que representa el momento en el que las mujeres alcanzaron el estatus jurídico el cual garantizaba su reconocimiento como ciudadanas.

Los derechos políticos electorales de las mujeres en México han avanzado a grandes pasos en el último siglo, como muestra de ello bastaría recordar el anacrónico artículo 37 de la antigua Ley Electoral para Poderes Federales de 1918, el cual a la letra señalaba:

> Son electores y, por lo tanto, tienen derecho a ser inscritos en las listas del censo electoral de la sección del domicilio respectivo, todos los varones mexicanos mayores de 18 años si son casados y de 21 si no lo son, que estén en el goce de sus derechos políticos, o inscritos sus nombres en los registros de la municipalidad de su domicilio.

Es importante destacar que, a pesar de reconocerse y celebrarse oficialmente el derecho en 1953, se tiene como antecedente el ejemplo de tres estados de la república que concedieron derechos políticos a las mujeres a nivel local en los años veinte del pasado siglo, sentando así bases extraordinarias que, sin embargo, por cambios políticos no lograron consolidarse. Estos tres ejemplos fueron los siguientes:

a) El Estado de Yucatán, gobernado por Felipe Carrillo Puerto (1922-1924), consideraba que la Constitución no prohibía explícitamente el voto a la mujer, por lo que envió a la legislatura de su Estado la iniciativa que concedía el voto a la mujer y apoyó las candidaturas femeninas para cargos de elección local, sentando así, el primer precedente.

   Esto trajo como consecuencia que, en las elecciones del 7 de noviembre de 1922, Rosa Torres fuera la primera mujer en el país electa regidora, ocupando la regiduría de Prensa y Beneficencia, cargo que cumplió hasta el fin de su mandato. Asimismo, el 18 de noviembre de 1923, Elvia Carrillo Puerto, Beatriz Peniche y Raquel Dzib Cícero fueron las primeras mexicanas electas diputadas en un congreso estatal, en la XVIII Legislatura; sin embargo, ninguna de las diputadas pudo ejercer sus funciones, ya que después del asesinato de Carrillo Puerto en enero de 1924, las elecciones en las que salieron triunfadoras fueron anuladas y las mujeres tuvieron que abandonar sus funciones debido a amenazas de muerte.

b) En San Luis Potosí, por iniciativa de Rafael Nieto, gobernador en 1923, se expidió un decreto en el que concedía a las mujeres que supieran leer y escribir, el derecho de formar parte de los procesos electorales municipales y estatales. En ese tenor, Elvia Carrillo Puerto, quien se había trasladado a San Luis Potosí, ganó la candidatura al congreso local en 1925, pero el cambiado gobierno, en el cual presidía como interino Abel Cano, se rehusó a darle el curul, fundándose en que la Ley Federal Electoral reservaba el derecho de ser elegidos para puestos públicos a los hombres, dejando posteriormente sin efectos la ley que permitía el acceso de mujeres a los cargos políticos.

c) Uno de los estados pioneros fue Chiapas, toda vez que en 1925 reconoció a las mujeres de 18 años los mismos derechos que a los hombres bajo el argumento de su importancia social y superioridad moral, lo que trajo como efecto que en 1927 Chiapas registrara a su primera diputada local, Florinda Lazos, con una larga trayectoria en favor de los derechos de la mujer[4].

Ahora bien, a nivel constitucional en México en el año 1953, el presidente Adolfo Ruiz Cortines expidió la reforma de los artículos 34 y 115, fracción primera de la Carta Magna[5], sin embargo, no sería hasta 1947 cuando las mujeres mexicanas pudieron votar en elecciones municipales, y el 17 de octubre de 1955 en elecciones federales, ya que se consideraba que no estaban preparadas para participar en la política nacional; ello a pesar de que la ONU realizó un llamado a los países miembros a que reconocieran los derechos políticos de las mujeres, quienes constituyen más del cincuenta por ciento de la población mundial[6].

---

[4] Galeana de Valadés, Patricia, "Un recorrido histórico por la revolución de las mujeres mexicanas", en Galeana Patricia, *et al., La revolución de las mujeres en México*, México, Instituto Nacional de estudios históricos de las revoluciones de México, 2014, pp. 20-21.

[5] Guerrero Aguirre, Francisco Javier, *Derechos Políticos de la mujer. La igualdad en la participación política, en nuevas avenidas de la democracia contemporánea*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014, p. 47.

[6] Galeana de Valadés, Patricia, *op. cit.*, p. 7.

Aunque hoy somos herederos de libertades y derechos democráticos reconocidos por el Estado mexicano y nos es común que todas y todos los ciudadanos mayores de edad ejerzan su derecho a votar y ser votados, solemos olvidar que hace poco no era así, pues bastará mencionar que nuestras abuelas no tenían permitido participar en la vida política, ya que se trataba de un área reservada para los hombres[7]. Han pasado poco más de seis décadas desde el comienzo de las modificaciones sobre la participación de las mujeres en la vida política, lo cual ha costado varios años de constante lucha por un reconocimiento real que supere los discursos de equidad de género, muy comunes actualmente en los mensajes políticos, usados de estandarte en las políticas públicas, pero que pocas veces se traduce en acciones claras que reviertan la violencia política de género.

Las luchas por la igualdad y equidad entre hombres y mujeres fueron dirigidas principalmente en el ámbito político, educativo y laboral, de tal forma que en el siglo XX empiezan a gestarse cambios, especialmente a través del reconocimiento de sus derechos en instrumentos inter-

---

[7] Se ha de resaltar que existen antecedentes de reconocimiento de derecho de las mujeres a ser votadas; tal es el caso del Estado de Yucatán, en el que se reconoció el voto tanto municipal como estatal en 1923, con tres mujeres electas para diputadas al congreso estatal: Elvia Carrillo Puerto, Raquel Dzib y Beatriz Peniche de Ponce; así como la elección de una regidora para el Ayuntamiento de Mérida de nombre Rosa Torre; sin embargo, cuando el gobernador Felipe Carrillo Puerto murió asesinado en 1924, las cuatro tuvieron que dejar sus puestos. En San Luis Potosí, las mujeres obtuvieron el derecho a participar en las elecciones municipales en 1924 y en las estatales en 1925, pero este derecho se perdió al año siguiente. En Chiapas, se reconoció el derecho a votar a las mujeres en 1925. En 1937, Lázaro Cárdenas envió una iniciativa de reforma al artículo 34 de la Constitución que permitiría votar a las mujeres, misma que fue aprobada por ambas cámaras y por las legislaturas de los estados, sólo faltaba el cómputo y la declaratoria para su vigencia, sin embargo, nunca se concluyó porque dentro del Partido Nacional Revolucionario -antecedente directo del PRI-, se argumentó que el voto de las mujeres "podría verse influenciado por los curas"; posteriormente, el 17 de febrero de 1947 durante la presidencia de Miguel Alemán se publicó en el Diario Oficial la reforma al artículo 115 de la Constitución que concedía a las mujeres el derecho de votar en elecciones municipales únicamente.

nacionales, declaraciones, tratados, convenciones, pactos, protocolos, recomendaciones, constituciones y demás leyes secundarias.

La violencia de género, aunque no se refiere únicamente a las mujeres, indirectamente se asocia con la histórica desigualdad que existe entre los hombres y las mujeres, misma que en muchos casos ha ocasionado violencia contra estas últimas, ya que durante la historia ha persistido en el imaginario de las personas (incluso de las mismas mujeres), la idea de una función meramente reproductora, minusvalorada, con roles asignados culturalmente los que limitan la actividad y desarrollo de las mujeres en la vida social y política, y que ha sido un obstáculo para lograr la transformación de realidades más justas.

III. Simulaciones del marco jurídico democrático-electoral

Es necesario identificar, como lo realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación a las disposiciones de la Convención de Belem do Pará, como se menciona en las sentencias del caso Ríos[8] y otros vs. Venezuela en 2009 y, del caso Perozo[9] y otros vs. Venezuela, por lo que deberán subsistir condiciones específicas como las que se mencionan a continuación:

a) La agresión ha sido dirigida directa, diferente o en mayor proporción contra una mujer, por lo que la violencia tiene un impacto diferenciado en las mujeres, toda vez que las consecuencias de los hechos se agravan o les afecta en mayor proporción que a los hombres.

b) La mujer se convierte en un blanco de ataque por su misma condición de mujer, ya que las agresiones están orientadas y dirigidas en contra de las mujeres por la única razón de pertenecer al género femenino, y el valor que este rol representa en la sociedad.

---

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Ríos y otros vs. Venezuela", sentencia de 28 de enero de 2009, párrs. 279 y 280, *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf*, consultado el 03 de octubre de 2017.

[9] *Ibidem*, párrs. 295 y 296.

Obviar lo anterior y sobreentender que toda violencia ejercida contra las mujeres es realizada especialmente por razones de su género llevaría a degenerar, desgastar y vaciar de contenido la protección a aquellas mujeres que requieren de una garantía especial de sus derechos, así como resultaría absurdo el considerar que cualquier hecho político que involucre a la mujer se pueda convertir automáticamente en una situación de violencia por razones de género, pues de lo contrario, habría que conceder, sin más, que en el caso de la expresidenta de Argentina, Cristina Fernández, acusada de asociación ilícita; en el caso de la expresidenta brasileña Dilma Rousseff, a quien el Senado destituyó; o en el caso de Hillary Clinton, excandidata a la presidencia de Estados Unidos por el Partido Demócrata y a quien Donald Trump advirtió durante su campaña que la investigaría judicialmente; se estaría ante procesos que deberían ser entendidos como violencia política de género, ya que la investigación giraba en torno a una mujer, consideración que resultaría inadmisible.

Del mismo modo que lo anteriormente señalado no sería aceptable, también es preciso indicar que sería igual de necio negar que existe violencia contra las mujeres, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha establecido que, en los casos de violencia contra las mujeres, los Estados tienen obligaciones contraídas a través de la ratificación de la Convención Americana, la que se refuerza con la Convención de Belém do Pará. Ambos textos internacionales fueron estudiados en el caso González y otras vs. México, conocido popularmente como "campo algodonero", en el que se indica que los Estados deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, así como con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de manera eficaz ante las denuncias.[10]

---

[10] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso González y otras vs. México", sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, párr. 258, *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf,* consultado el 18 de octubre de 2017.

Por otra parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica[11], describe en su artículo tercero lo que se entiende como "violencia contra las mujeres", "violencia por género" y "violencia contra las mujeres por razones de género", de la siguiente forma:

a) Violencia contra las mujeres: se deberá entender como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

b) Violencia por género: se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

c) Violencia contra las mujeres por razones de género: se entenderá toda violencia contra una mujer por su condición de género, que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

Por su parte, el Protocolo para atender la violencia política contra las mujeres, entiende que ésta comprende todas aquellas acciones y omisiones, incluida la tolerancia, realizadas en ámbitos públicos o privados, que basadas en elementos de género y dadas en el marco del ejercicio de derechos político-electorales, tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos políticos o de las prerrogativas inherentes a un cargo público.[12]

---

[11] Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, artículo tercero, *https://rm.coe.int/1680462543*, consultado el 03 de octubre de 2017.

[12] Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres, *http://www.fepade.gob.mx/actividades_ins/2016/marzo/ProtocoloViolencia_140316.pdf*, consultado el 26 de septiembre de 2017.

La violencia política contra las mujeres[13] es parte de un tipo de violencia mayor que ha desencadenado en la división de una sociedad que alimenta y reproduce conductas de una cultura machista y misógina, que trae como consecuencia que la violencia contra la mujer se pueda dar en cualquier estrato social, en cualquier campo de ejercicio de la profesión e incluso en lo político.

En la práctica, algunos consideran una aberración o insurgencia que se rompa el estado "natural" de las cosas, toda vez que se le atribuye a las mujeres la calidad de instrumento, no para inmiscuirse en asuntos políticos, que las mujeres no saben gobernar, o que en lo político no se permiten faldas; demostrando con todo esto la discriminación y los estereotipos de cómo debe comportarse la mujer en lo público. Ejemplos de lo anterior pueden ser encontrados en diferentes estados de la República, dando muestras de la gravedad de la falta de medidas para prevenir que se normalice e infravalore la gravedad de los hechos y sus consecuencias y, por otro lado, se reclame y re-victimice a las mujeres que denuncian:

> En Chiapas, la candidata a la alcaldía del Municipio de Reforma, Yesenia Alamilla Vicente, fue agredida en un tramo carretero, en el que

[13] La violencia política no es exclusivamente hacia las mujeres, sin embargo, existe un impacto diferenciado en las mujeres, ya que esta es la característica particular que la origina. No obstante es necesario admitir que existe violencia política contra hombres que se ocasiona por causas ajenas no imputables a su género, por ejemplo: el candidato a la presidencia municipal de Chilapa de Álvarez (Guerrero), Ulises Fabián Quiroz, quien fue asesinado por un grupo de hombres armados cuando se dirigía a un mitin en la comunidad de Atzacoaloya; un joven de 24 años de edad, militante del partido Movimiento Regeneración Nacional (Morena), fue asesinado con un arma de fuego mientras colocaba propaganda política del partido; la camioneta en la que viajaba Mauricio Lara, candidato a la Alcaldía de Emiliano Zapata, fue atacada a balazos por dos hombres; el candidato priista a noveno regidor del Municipio de Huimanguillo, Héctor López Cruz, fue ejecutado en la puerta de su domicilio en el poblado Mecatepec; en la delegación Cuajimalpa, se enfrentaron militantes de dos partidos políticos distintos teniendo como resultado varios heridos, entre ellos el candidato a diputado del distrito XX local, Adrián Rubalcava, quien estuvo en terapia intermedia, entre muchos otros casos.

fue amenazada con un arma de fuego, insultada y golpeada.[14] De igual forma, la presidenta municipal de Oxchuc, Chiapas, María Gloria Sánchez Gómez, fue inducida bajo presión para que solicitara licencia, por lo que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ordenó su restitución en el cargo de elección popular, a pesar de las amenazas de representantes comunitarios, de barrio y agentes municipales de pueblos indígenas que externaron su rechazo a la determinación.[15] En ese mismo sentido, la alcaldesa de Chenalhó, Rosa Pérez Pérez -primera mujer en gobernar el municipio indígena-, fue obligada por sus opositores a pedir licencia, y meses más tarde fue reinstalada en sus funciones por orden del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, desatando violencia y confrontaciones entre la población[16];

1. En el Estado de México, la candidata a la presidencia municipal de Ecatepec, Jessica Salazar Trejo, denunció haber sido víctima de amenazas, agresiones e intento de secuestro en la colonia Alboradas de Aragón como medidas de intimidación con la finalidad de que abandonara su candidatura[17];
2. En Guerrero, la precandidata a edil, Aidé Nava González, fue secuestrada y decapitada[18]; la candidata a diputada local, Silvia Romero Suárez,

---

[14] Gaceta de la Comisión permanente, LXII/3SPR-25/57091, miércoles 19 de agosto de 2015, *http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=cp&mn=4&id=57091*, consultado el 27 de septiembre de 2017.

[15] Gutiérrez, Óscar, "Recibe congreso de Chiapas orden de restitución de alcaldesa de Oxchuc", *El Universal*, México, 08 de septiembre de 2016*, http://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2016/09/8/recibe-congreso-de-chiapas-orden-de-restitucion-de-alcaldesa-de-oxchuc*, consultado el 27 de septiembre de 2017.

[16] Henríquez, Elio, "Rosa Pérez, la primera alcaldesa de Chenalhó, recupera palacio municipal", *La Jornada*, México, 15 de marzo de 2017, *http://www.jornada.unam.mx/2017/03/15/estados/035n1est*, consultado el 27 de septiembre de 2017.

[17] "Candidata a alcaldía de Ecatepec denuncia al PRD por agresiones", *Excelsior*, México, 27 de septiembre de 2017, *http://www.excelsior.com.mx/comunidad/2015/05/12/1023822*, consultado el 27 de septiembre de 2017.

[18] Ocampo, Sergio, *et al.*, "Hallan decapitada a precandidata perredista a edil de Ahuacuotzingo", *La Jornada*, México, 12 de marzo de 2015, *http://www.jornada.unam.mx/2015/03/12/estados/028n1est*, consultado el 27 de septiembre de 2017.

fue secuestrada en campaña electoral[19]; la síndica de Pungarabato se vio obligada a pedir licencia por tiempo indefinido para separarse del cargo tras el secuestro de su esposo[20]; la presidenta municipal de Mártir de Cuilapan, Felicitas Muñiz Gómez, fue agredida, acosada, denostada y, como parte de las represalias, quemaron bienes de su propiedad con la finalidad de que abandonara el cargo[21].

3. En Morelos, la precandidata a diputación federal, Gabriela Pérez Cano, fue amenazada en dos ocasiones cuando diferentes sujetos irrumpieron en su domicilio para exigirle que abandonara la candidatura[22]. Otro caso es el de Deyanira Rodríguez, candidata a una diputación local, quien fue amenazada de muerte desde el arranque de su campaña para que dejara de participar en el proceso electoral, siendo posteriormente lesionada por disparos de arma de fuego[23] y, en esa misma secuela de violencia, la alcaldesa de Temixco, Morelos, Gisela Mota, fue asesinada en su casa apenas un día después de haber asumido el cargo[24];

---

19 Monroy, Jorge, "Aparece candidata secuestrada en Guerrero", *El Economista*, México, 13 mayo de 2015, *https://www.eleconomista.com.mx/politica/Aparece-candidata-secuestrada-en-Guerrero-20150513-0088.html*, consultado el 26 de septiembre de 2017.

20 Redacción AN, "Tras el secuestro de su esposo, deja su cargo síndica de Pungarabato, Guerrero", Aristegui Noticias, México, 02 de febrero de 2016, *http://aristeguinoticias.com/0202/mexico/tras-del-secuestro-de-su-esposo-deja-su-cargo-sindica-de-pungarabato-guerrero/,* consultado el 26 de septiembre de 2017

21 García, Carina, "Ordena TEPJF cese de violencia contra alcaldesa de Guerrero", *El Universal*, México, 20 de octubre de 2016, *http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2016/10/20/ordena-tepjf-cese-violencia-contra-alcaldesa-de-guerrero*, consultado el 04 de octubre de 2017.

22 "Abandona la candidatura panista recibe segunda amenaza", *El Quinto Poder*, México, 28 de marzo de 2015, *https://quintopoderbcs.com/2015/03/28/abandona-la-candidatura-panista-recibe-segunda-amenaza/,* consultado el 27 de septiembre de 2017.

23 Salgado, Edmundo, "Atentan contra excandidata a diputada del PAN en Morelos", *El Financiero*, México, 23 de junio de 2015, *http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/balean-a-ex-candidata-a-diputada-del-pan-en-morelos.html,* consultado el 27 de septiembre de 2017.

24 Nájar, Alberto, "México: lo que revela la muerte de la alcaldesa de Temixco, asesinada un día después de asumir su cargo", BBC, México, *http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160104_temixco_mexico_quien_era_gisela_mota_narcotrafico_an*, consultado el 27 de septiembre de 2017.

4. En Oaxaca, en Santa María Quiegolani, Eufrosina Cruz Mendoza ganó la presidencia municipal de su pueblo, sin embargo, desconocieron su triunfo, destruyendo las boletas electorales ya cruzadas bajo el argumento de que dicha situación iba en contra de la historia, usos y costumbres del pueblo, ya que "las mujeres fueron creadas para atender a los hombres, para cocinar y cuidar a los hijos, pero no para gobernar"[25]. En el municipio de San Juan Cotzocón, localidad mixe, intentaron quemar viva a la tesorera de la localidad, Evitelia Pacheco Ramírez, después de encarcelarla y exhibirla desnuda frente a la población mientras increpaban: "Esta vieja no ha aprendido que en este pueblo mandamos los hombres"[26]. En el Municipio de San Bartolo, Coyotepec, en 2014, tuvo lugar la elección para la presidencia municipal, regidurías y sindicaturas, resultando que en la Asamblea General Comunitaria no se permitió la postulación de mujeres en las ternas de candidaturas para la elección de la presidencia municipal y la sindicatura, bajo el argumento de que el sistema normativo interno vigente en la comunidad no permitía la postulación de mujeres a esos cargos.[27] Por otra parte, la vocal Ejecutiva del 07 Consejo Distrital del INE en Juchitán, Lorena Nava Cervantes, fue agredida física y verbalmente por un grupo de militantes de un partido político[28]. Asimismo, se registró la agresión de una mujer indígena mixteca de nombre Gabriela Maldonado quien fue golpeada a latigazos hasta perder el conocimiento por intentar formar parte del

---

[25] Rodríguez Araujo, Octavio, "Eufrosina Cruz, una mujer emblemática", *La Jornada*, México, *http://www.jornada.unam.mx/2008/11/27/index.php?section=opinion&article=022a1pol*, consultado el 04 de octubre de 2017.

[26] Redacción, "Rechazan que una mujer gobierne en Oaxaca e intentan quemar viva a la tesorera", *Proceso*, México, 10 de mayo de 2011, *http://www.proceso.com.mx/269829/rechazan-que-una-mujer-gobierne-en-oaxaca-e-intentan-quemar-viva-a-la-tesorera*, consultado el 04 de octubre de 2017.

[27] Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2016, *http://www.fepade.gob.mx/actividades_ins/2016/marzo/ProtocoloViolencia_140316.pdf,* consultado el 29 de septiembre de 2017.

[28] González, Isabel, "Atacan a una vocal del INE en Oaxaca", *Excelsior*, México, 26 de julio de 2015, *http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/07/26/1036636*, consultado el 27 de septiembre de 2017.

cabildo de San Martín Peras[29]. En el municipio San Juan Bautista Lo de Soto, integrantes del cabildo impidieron a la alcaldesa, Samantha Caballero Melo, el acceso a su oficina y la amenazaron de muerte para que dejara su cargo[30];

5. En Sonora, aparecieron en la vía pública unas mantas con la frase "las mujeres como las escopetas, cargadas y en el rincón", en alusión a la participación de Claudia Pavlovich, que contendía a la gubernatura del Estado[31.]
6. En Tabasco, fueron colgadas mantas en la vía pública con mensajes "ni un voto a la pinche negra", refiriéndose a la candidata a la presidencia municipal, Liliana Madrigal[32].
7. En Veracruz, el líder estatal del Partido Revolucionario Institucional (PRI), Alberto Silva Ramos, dijo que, con el objetivo de encontrar a los mejores candidatos, se impondrían pruebas "antiembarazo" a las candidatas a un cargo de representación popular[33].
8. En la Ciudad de México -anteriormente conocida como Distrito Federal- dos colaboradores de la candidata a jefa delegacional de Xochi-

---

29 Matías, Pedro, "Oaxaca: mujer indígena es "castigada" a latigazos en su intento por formar parte del cabildo", *Proceso*, México, 24 de enero de 2017, *http://www.proceso.com.mx/471506/oaxaca-mujer-indigena-castigada-a-latigazos-en-intento-formar-parte-del-cabildo*, consultado el 27 de septiembre de 2017.

30 García, Ismael, "Extorsionan y amenazan a alcaldesa en comunidad de Oaxaca", *El Universal*, México, 25 de marzo de 2017, *http://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2017/03/25/extorsionan-y-amenazan-alcaldesa-en-comunidad-de-oaxaca*, consultado el 04 de octubre de 2017.

31 Cortés, Nayeli, "FEPADE investiga casos de violencia contra mujeres políticas", *El Financiero*, México, 14 de marzo de 2016, *http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/fepade-investiga-casos-de-violencia-contra-mujeres-politicas.html* consultado el 04 de octubre de 2017.

32 Esquivel, Víctor, "Arrecia "guerra sucia" a 5 días de elección", *Tabasco Hoy*, México, 08 de marzo de 2016, *http://www.tabascohoy.com/nota/301205*, consultado el 27 de septiembre de 2017.

33 Sánchez, Iván, "PRI Veracruz aplicará pruebas de embarazo a candidatas", *El Financiero*, México, 04 de noviembre de 2015, *http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/pri-veracruz-aplicara-pruebas-de-embarazo-a-candidatos.html*, consultado el 18 de octubre de 2017.

milco, Ana Julia Hernández Pérez, fueron lesionados con un arma de fuego cuando se encontraban dentro de un vehículo[34].

Como añadido a todo lo anterior, es indispensable destacar que también se han presentado casos de inequidad en la distribución de los tiempos de radio y televisión; inequidad en la distribución de los recursos para las campañas; registro de mujeres exclusivamente en distritos perdedores; ocultamiento de información; desestimación y descalificación de las propuestas que presentan las mujeres; coacciones o amenazas para que participen en eventos proselitistas, voten o se abstengan de votar por un candidato, partido o coalición.[35]

La violencia política puede manifestarse de muchas formas y puede ser cometida por cualquier persona o grupo de personas (el Estado o sus agentes, partidos políticos o representantes de los mismos, medios de comunicación, entre otros sujetos). En el artículo 442 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales se establece que son sujetos responsables por infracciones cometidas a las disposiciones electorales los siguientes:

a. los partidos políticos;
b. las agrupaciones políticas;
c. los aspirantes, precandidatos, candidatos y candidatos independientes a cargos de elección popular;
d. los ciudadanos, o cualquier persona física o moral;
e. los observadores electorales o las organizaciones de observadores electorales;
f. las autoridades o los servidores públicos de cualquiera de los Poderes de la Unión; de los poderes locales; órganos de gobierno municipa-

---

[34] Quintero, J. *et al*., "Balean a dos colaboradores de candidata del PRD en Xochimilco", *La Jornada*, México, 06 de junio de 2015, *http://www.jornada.unam.mx/2015/06/06/capital/034n1cap*, consultado el 04 de octubre de 2017.

[35] Para más información ver, artículo 3 numeral 5 de la Ley General de Partidos Políticos, Recurso de apelación SUP-RAP-134/2015, juicios ciudadanos ST-JDC-241/2015, ST-JDC-278/2015 y ST-JDC-279/2015 y ST-JDC-280/2015.

les; órganos de gobierno del Distrito Federal; órganos autónomos, y cualquier otro ente público;

g. los notarios públicos;

h. los extranjeros;

i. los concesionarios de radio o televisión;

j. las organizaciones de ciudadanos que pretendan formar un partido político;

k. las organizaciones sindicales, laborales o patronales, o de cualquier otra agrupación con objeto social diferente a la creación de partidos políticos, así como sus integrantes o dirigentes, en lo relativo a la creación y registro de partidos políticos;

l. los ministros de culto, asociaciones, iglesias o agrupaciones de cualquier religión, y;

m. los demás sujetos obligados en los términos de la presente ley.

En muchas ocasiones la violencia política de género no se visibiliza por diversas razones: falta de denuncia, carencia de pruebas, inexistencia de un marco jurídico que prevea la sanción de las conductas, normalizar la violencia, poca confianza en las autoridades, temor de que su denuncia resulte contraproducente para sus aspiraciones políticas, estigmatización social, miedo a represalias, amenazas y acoso, apoyo insuficiente, vergüenza por asumirse públicamente como víctima y temor de hablar por la sucedida, entre otras. Así pues, la pregunta que habría que plantear sería ¿qué requerimos para alcanzar justicia electoral que trascienda hasta la equidad de género?

La respuesta no es sencilla, pero debe aceptarse el problema, reconocer y analizarse sus causas para, a partir de ellas encontrar soluciones que vayan paso a paso, hasta lograr que la vida política de las mujeres no siga siendo un estigma social en nuestro país.

IV. Justicia electoral para una democracia sin violencia política contra las mujeres

La justicia electoral en México es el resultado de la transición democrática, generada a partir de diversas reformas electorales de 1989, 1993, 1996 y 2007. Esta transformación se ha logrado paulatinamente, a través de la integración en 1987 del primer tribunal electoral, el cual tenía un carácter temporal, que debía conocer de las controvertidas elecciones federales de 1988, mismas que dieron lugar a la expedición del primer Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en 1990.[36]

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es, de acuerdo a la Constitución Federal, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia. Su autonomía fue otorgada en la Carta Magna desde 1993, pero este órgano no fue constituido hasta 1996 como órgano especializado y máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral federal que resolvería en adelante acerca de la constitucionalidad de actos y resoluciones, o para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma jurídica.

La justicia electoral requiere de una renovación institucional que garantice los procesos y sus resultados a través del principio de legalidad, lo que a su vez se salvaguarda mediante los diversos medios jurídicos de impugnación o control de actos o procedimientos electorales. Esta renovación tiene como finalidad la protección del derecho a elegir o ser electo de conformidad con las debidas garantías que resguarden la Constitución, la legalidad, imparcialidad, transparencia, equidad, paridad y justicia.

---

[36] Galván Rivera, Flavio, "Tribunal Electoral del poder Judicial de la Federación a quince años de distancia" en Zavala Arredondo Marco Antonio (coord..), *La justicia electoral. Resoluciones primordiales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (1996-2011),* México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015, pp. 47-48.

Lo anterior definió una ruta de innovación legal en la que se ha buscado integrar normativa de carácter garante como la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la Ley General de Partidos Políticos, la Ley General en Materia de Delitos Electorales y la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Integrar la nueva reforma constitucional de paridad de género.

Específicamente, en materia electoral, la violencia política contra la mujer es una práctica más común de lo que se quiere aceptar. La violencia en el ámbito político afecta a mujeres y hombres en diferentes partes del mundo y, especialmente en países como México ha lacerado en distintas formas a las instituciones, la sociedad y nuestra democracia.

A pesar de que existen diferentes leyes e instrumentos que consignan que la mujer tiene derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o a través de representantes, el derecho de ser electas, así como al acceso igualitario a las funciones públicas, se han presentado diversos obstáculos (de los cuales ya se ha hecho mención del algunos) para lograr la consolidación de una democracia plena e incluyente que garantice efectivamente los derechos de la mujer.

Es así que integrar la perspectiva de género en la realización y aplicación de las normas nacionales e internacionales será fundamental para cambiar el contexto en el que las mujeres juegan un papel desvalorizado en la sociedad, haciendo que se conviertan en personajes de trasformación de la realidad social.

En el ámbito internacional se ha buscado crear instrumentos que velen por un marco específico para la protección de los derechos de las mujeres, como por ejemplo: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará-, la Convención de los Derechos Políticos de la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En México, la incorporación de perspectiva de género propició la integración de políticas, acciones afirmativas, de paridad y equidad de

género, que se han agregado en la normatividad electoral, tendientes a eliminar, prevenir y corregir la discriminación, desigualdad y violencia, así como tratar de potenciar y promover el ejercicio del derecho de las mujeres en la vida democrática del país, especialmente para acceder a los cargos de elección popular.

En 2014 se incorporó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el principio de paridad, mismo que obliga a las instituciones electorales y a los partidos políticos a crear mecanismos que garanticen la participación de las mujeres en condiciones de igualdad, como se indica en la fracción I del artículo 41 constitucional, la cual determina que, entre los fines de los partidos políticos, se encuentran el de promover la participación del pueblo en la vida democrática y garantizar la paridad entre los géneros que posibilite el acceso de las y los ciudadanos al ejercicio del poder público.

En el mismo sentido, el artículo 7, numeral 1, artículo 232 numeral 3 y 4, y artículos 233, 264 y 241, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE) determinan que es un derecho de las y los ciudadanos, así como una obligación de los partidos políticos, la igualdad de oportunidades y la paridad para el acceso a cargos de elección popular.

Por otra parte, el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales de la Ciudad de México prevé en su artículo 4, inciso c) numeral III, la existencia de conductas que generen violencia política hacia las mujeres[37], así como reconoce el principio de paridad de género en su numeral V, artículo 14, artículo 26 fracción IV, artículo 120 fracción I, entre otros.

---

[37] Causó polémica que el reconocimiento de violencia política en razón de género fuera eliminado del numeral III, para únicamente quedar consignado en términos generales como actos de violencia política y sólo relegando el concepto a una mención breve en el último párrafo del numeral indicado. Lo anterior fue publicado con la modificación referida mediante nota aclaratoria, realizado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 21 de junio de 2017, *http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/b0be9ef935c96dec86050e426ddee19b.pdf*, consultado el 09 de octubre de 2017, pp. 13-16.

A diferencia de la disposiciones anteriormente expuestas, es en la Constitución Política de la Ciudad de México, artículo 27 apartado D, donde se prevé con claridad y fuerza, en el numeral segundo, que será nula la elección o el proceso de participación ciudadana en el que se acredite la existencia de violencia política de género, lo que da un empuje necesario a la tipificación de la violencia política de género, ya que regularmente este apartado constituye un gran vacío en la legislación que impacta negativamente el desarrollo o incursión de la mujer en la política, ya sea que se hable de cargos de representación política, mesas directivas, consejos distritales, locales, militantes en partidos políticos, candidatas a cargos de elección popular o dirigencia interior de partidos[38].

El legislar en relación a la violencia política de género brindará un paso más para que se generen condiciones de igualdad para el desarrollo de las mujeres en lo político-electoral, sin embargo, la Ley General en Materia de Delitos Electorales no tipifica la violencia política de género, por lo que no ha sido tarea fácil para las autoridades electorales perseguir y sancionar los hechos que podrían constituir violencia política. No se puede cerrar los ojos ante esta situación, de igual manera que no se puede tapar el sol con un dedo, por lo que se requieren diferentes estrategias, incluyendo las legislativas, que permitan romper con las actitudes tradicionales que consideran a las mujeres como ajenas a la política, la materia electoral y la democracia.

Asimismo, es de comentarse que, a pesar de los avances, han seguido emergiendo nuevas formas de simulación y violencia contra mujeres en las que la realidad rompe con el supuesto legislativo, ya que no se han generado las medidas apropiadas que garanticen eliminar la discriminación contra las mujeres en la vida política y pública del país. En este sentido, por ejemplo, se denunció en 2009 el fenómeno político

---

[38] Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres *http://www.fepade.gob.mx/actividades_ins/2016/marzo/ProtocoloViolencia_140316.pdf*, consultado el 09 de octubre de 2017.

popularmente conocido como *las juanitas*[39], en el que aproximadamente nueve mujeres diputadas[40] solicitaron licencia indefinida dando paso a la simulación o fraude a la ley, en un símil de prestanombres, herederas de cargo o vientres de alquiler. Estas mujeres se registraban como candidatas, pero una vez ganadas las elecciones, habiendo cumplido la cuota de género exigida por la ley, su función parecía convertirse en un lastre del que era necesario deshacerse para dar paso a que sus cargos fueran suplidos por varones, a través de acuerdos previamente pactados o, incluso, mediante amenazas, acoso, persecución, menosprecio, difamación, intimidación y agresiones contra las mujeres. Esta situación obligó a que la ley exigiera que los titulares y suplentes de una fórmula sean del mismo género[41] <artículo 234 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE)>.

Todo lo anteriormente mencionado forma parte del desarrollo de la materia electoral, la cual ha avanzado a través de los tribunales y fiscalías especializadas en atención de delitos electorales[42] y en la vigilancia de los procedimientos electorales para resguardar que se lleven a cabo

---

39 Camil, Jorge, "Las juanitas de San Lázaro", *La Jornada*, México, 18 de septiembre de 2009, *http://www.jornada.unam.mx/2009/09/18/opinion/021a2pol*, consultado el 09 de octubre de 2017.

40 Ejemplo de ello son los casos de las siguientes deputadas: Yulma Rocha Aguilar dejó el lugar a Guillermo Ruiz de Teresa; Ana María Rojas Ruiz dio paso a Julián Nazar Morales; Olga Luz Espinosa Morales sería suplida por Carlos Esquinca Cancino; Mariana Ivette Ezeta Salcedo entregaría el cargo a su hermano Carlos Alberto Ezeta Salcedo; Carolina García Cañó cedió el camino a Alejandro del Mazo Maza; Laura Elena Ledezma Romo dejó el cargo en manos de Maximino Fernández Ávila; Anel Patricia Nava Pérez dio oportunidad a Primitivo Ríos Vázquez.

41 Considero que esta fórmula es un ejemplo de una decisión que restringe y violenta los valores democráticos y la libre participación política.

42 El Congreso de la Unión exhortó a la Procuraduría General de la República, a través de la FEPADE, para que vele por garantizar el ejercicio pleno de los derechos políticos de las mujeres y la seguridad de aquellas que participan en los procesos electorales y se establezcan mecanismos de denuncias y atención oportuna de situaciones de acoso y violencia en su contra.

conforme a la ley. En general, se podría decir que dicha evolución es debida al progreso de la justicia electoral.

Lo anterior indica la necesidad de generar pasos firmes hacia una nueva cultura política democrática, con equidad de género que propicie espacios de diálogo encaminados a deconstrucción de la cultura política, donde las mujeres también sean tomadas en consideración y concebidas como personajes relevantes de la democracia en México, máxime si se tiene presente que poco más del 50% de la población que constituye el padrón electoral son mujeres.

Desde hace ya algunas décadas, ha existido un creciente interés por establecer políticas relativas a género y paridad, sin embargo, en la práctica y con base en los datos que se presentan, todavía son pobres los avances. Por ello, es imprescindible continuar trabajando para modificar positivamente la representación política de las mujeres en México.

El sistema electoral-democrático en México continúa en el tránsito hacia la democratización y parte fundamental de esto se traduce en un sistema de justicia pleno que logre integrar prácticas de equidad en el seno de sus estructuras y su vida interna, así como también se debe entender que el cambio no se logrará únicamente consagrando esa democratización sobre papel, sino haciéndola realidad en su vida cotidiana, promocionando con ello el respeto a los derechos de las mujeres como parte fundamental de la justicia electoral.

V. La deconstrucción de la cultura política

Resulta increíble pensar que las mujeres, quienes constituyen alrededor del 51% del padrón electoral, y quienes representan el 52% de habitantes de nuestro país, hayan podido ser olvidadas e ignoradas por tantos siglos a nivel mundial, y que su consideración en la historia para los aspectos político- electorales se haya reconocido hace poco más de seis décadas.

Hasta 1953 no se reconoció constitucionalmente el derecho político pleno de las mujeres y, como ya se comentó, se ha regulado a través de

distintas leyes que buscan sentar las bases para hacer posible el acceso de las mujeres al ejercicio de sus derechos en las mismas condiciones que los hombres.

A pesar de que no se pueda hablar de un pleno ejercicio de los derechos de las mujeres en el ámbito político, ya que son muchos los retos que tiene México por delante, es necesario reconocer que la democracia incluyente, con la que la mayoría de nosotros nacimos, es una democracia joven que en sesenta y cuatro años ha tenido grandes logros.

Si bien es cierto que existe un sistema legal que permite el acceso de las mujeres a la política, también es un hecho que esto no ha implicado un cambio cultural de creencias y valores en torno a la mujer, por lo que persisten los casos de asesinatos, violencia física y psicológica, desaparición forzada, ataques con armas de fuego, intimidación, acoso y las demás vulneraciones a los derechos de las mujeres que se han mencionado en párrafos anteriores.

La responsabilidad para poner un alto a la violencia política contra las mujeres es claramente compartida, sin embargo, será importante que se legisle al respecto, lo que daría por sentado, al menos, el reconocimiento de la existencia de una conducta contraria a los principios básicos con la cual se sostiene el Estado democrático. Ser mujer no es ni debe ser un impedimento para desempeñar un cargo de elección, pues el pensar lo contrario significa ir en contra de los valores democráticos. La participación de las mujeres en la política es un derecho, no una concesión, no se debe seguir considerando un favor o una dádiva, sino un derecho real, efectivo y un deber de las mujeres.

VI. Conclusiones

Para estar en condiciones de detectar la violencia política contra las mujeres en razón de género debemos de aceptar su existencia, así como tomar en cuenta que algunas prácticas de violencia se encuentran normalizadas e invisibilizadas en los ámbitos públicos y privados, incluyendo incluso prácticas tan comunes que no se cuestionan dentro de una

sociedad, las cuales pueden devenir de acciones u omisiones -violencia física, psicológica, simbólica, sexual, patrimonial, económica o feminicida- que afectan a las mujeres de forma diferente que a los hombres o cuyas consecuencias se agravan ante la condición de ser mujer; y/o cuando les afecta en forma desproporcionada, ya que los hechos afectan a las mujeres en mayor medida que a los hombres.

En este tenor, las agresiones están especialmente orientadas en contra de las mujeres por su condición de género y por lo que representa en términos simbólicos, bajo concepciones basadas en estereotipos o roles que se creen normalizados hacia lo femenino, ya sea que esta violencia provenga de un hombre o una mujer.

La violencia política contra las mujeres tiene un impacto diferenciador entre hombres y mujeres, con el objeto o resultado de menoscabar o anular sus derechos político-electorales, incluyendo el ejercicio del cargo, ya que en el trasfondo existe descalificación y desconfianza sistemática e indiferenciada hacia sus capacidades y posibilidades de hacer un buen trabajo político o ganar una elección, ya que han sido ámbitos en los que históricamente ha predominado la figura masculina.

Sin duda hemos avanzado de unas décadas a la fecha mediante la integración de las mujeres en la vida política del país, ejemplo de ello es la creación del Protocolo para Atender la Violencia Política Contra la Mujeres, sin embargo, no es suficiente, toda vez que la violencia política contra las mujeres es el reflejo de una violencia culturalizada hacia el género femenino que se vive de forma cotidiana, lo cual representa un reto enorme. En este sentido, la violencia política contra las mujeres representa una oportunidad para poner a prueba nuestra democracia inclusiva, ya que es un hecho que mientras más participación han tenido las mujeres en la vida y representación política, más se ha acentuado un incremento de la violencia en su contra, lo cual no debe de reprimir la participación sino incentivar en la creación de instrumentos normativos suficientes que protejan y permitan integrar en la sociedad una nueva perspectiva cultural en la que hombres y mujeres sean agentes activos en la democracia de los países, para que la violencia no continúe siendo

uno de los principales obstáculos para el pleno ejercicio de los derechos políticos de las mujeres.

Bibliografía

GUERRERO AGUIRRE, Francisco Javier, *Derechos Políticos de la mujer. La igualdad en la participación política, en nuevas avenidas de la democracia contemporánea*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014.

2. Hemerografía

"Abandona la candidatura panista recibe segunda amenaza" *El Quinto Poder*, 28 de marzo 2015, *https://quintopoderbcs.com/2015/03/28/abandona-la-candidatura-panista-recibe-segunda-amenaza/*.

CAMIL, Jorge, "Las juanitas de San Lázaro" *La Jornada*, 18 de septiembre 2009, *http://www.jornada.unam.mx/2009/09/18/opinion/021a2pol.*

"Candidata a alcaldía de Ecatepec denuncia al PRD por agresiones" *Excelsior*, 27 de septiembre 2017, *http://www.excelsior.com.mx/comunidad/2015/05/12/1023822.*

CORTÉS, Nayeli, "FEPADE investiga casos de violencia contra mujeres políticas" *El Financiero*, 14 de marzo 2016, *http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/fepade-investiga-casos-de-violencia-contra-mujeres-politicas.html*.

ESQUIVEL, Víctor, "Arrecia "guerra sucia" a 5 días de elección" *Tabasco Hoy*, 08 de marzo 2016, *http://www.tabascohoy.com/nota/301205.*

GALEANA DE VALADÉS, Patricia, "Un recorrido histórico por la revolución de las mujeres mexicanas", en Galeana Patricia, *et al*., *La revolución de las mujeres en México*, México, Instituto Nacional de estudios históricos de las revoluciones de México, 2014.

GALVÁN RIVERA, Flavio, "Tribunal Electoral del poder Judicial de la Federación a quince años de distancia" en Zavala Arredondo Marco Antonio (coord..), *La justicia electoral. Resoluciones primordiales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (1996-2011),* México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015.

GARCÍA, Carina, "Ordena TEPJF cese de violencia contra alcaldesa de Guerrero", *El Universal*, 20 de octubre 2016, *http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2016/10/20/ordena-tepjf-cese-violencia-contra-alcaldesa-de-guerrero.*

GARCÍA, Ismael, "Extorsionan y amenazan a alcaldesa en comunidad de Oaxaca" *El Universal*, 25 de marzo 2017, *http://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2017/03/25/extorsionan-y-amenazan-alcaldesa-en-comunidad-de-oaxaca.*

GONZÁLEZ, Isabel, "Atacan a una vocal del INE en Oaxaca", *Excelsior*, 26 de julio 2015, *http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/07/26/1036636.*

GUTIÉRREZ, Óscar, "Recibe congreso de Chiapas orden de restitución de alcaldesa de Oxchuc", *El Universal*, 08 de septiembre 2016, *http://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2016/09/8/recibe-congreso-de-chiapas-orden-de-restitucion-de-alcaldesa-de-oxchuc.*

HENRÍQUEZ, Elio, "Rosa Pérez, la primera alcaldesa de Chenalhó, recupera palacio municipal", *La Jornada*, 15 de marzo 2017, *http://www.jornada.unam.mx/2017/03/15/estados/035n1est.*

MATÍAS, Pedro, "Oaxaca: mujer indígena es "castigada" a latigazos en su intento por formar parte del cabildo", *Proceso*, 24 de enero 2017, *http://www.proceso.com.mx/471506/oaxaca-mujer-indigena-castigada-a-latigazos-en-intento-formar-parte-del-cabildo.*

MONROY, Jorge, "Aparece candidata secuestrada en Guerrero", *El Economista*, 13 mayo 2015, *https://www.eleconomista.com.mx/politica/Aparece-candidata-secuestrada-en-Guerrero-20150513-0088.html.*

NÁJAR, Alberto, "México: lo que revela la muerte de la alcaldesa de Temixco, asesinada un día después de asumir su cargo" *BBC, México* [en línea]. 5 enero de 2016, *http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160104_temixco_mexico_quien_era_gisela_mota_narcotrafico_an.*

OCAMPO, Sergio *et al.*, "Hallan decapitada a precandidata perredista a edil de Ahuacuotzingo", *La Jornada,* 12 de marzo 2015, *http://www.jornada.unam.mx/2015/03/12/estados/028n1est.*

QUINTERO, J. *et al.*, "Balean a dos colaboradores de candidata del PRD en Xochimilco", *La Jornada*, 06 de junio 2015, *http://www.jornada.unam.mx/2015/06/06/capital/034n1cap.*

"Rechazan que una mujer gobierne en Oaxaca e intentan quemar viva a la tesorera" *Proceso*, 10 de mayo 2011, *http://www.proceso.com.mx/269829/rechazan-que-una-mujer-gobierne-en-oaxaca-e-intentan-quemar-viva-a-la-tesorera.*

"Tras el secuestro de su esposo, deja su cargo síndica de Pungarabato, Guerrero" *Aristegui Noticias,* 02 de febrero 2016, *http://aristeguinoticias.com/0202/mexico/tras-del-secuestro-de-su-esposo-deja-su-cargo-sindica-de-pungarabato-guerrero/.*

RODRÍGUEZ ARAUJO, Octavio, "Eufrosina Cruz, una mujer emblemática", *La Jornada*, 27 de noviembre 2008, *http://www.jornada.unam.mx/2008/11/27/index.php?section=opinion&article=022a1pol.*

SALGADO, Edmundo, "Atentan contra excandidata a diputada del PAN en Morelos" *El Financiero,* 23 de junio 2015, *http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/balean-a-ex-candidata-a-diputada-del-pan-en-morelos.html.*

SÁNCHEZ, Iván, "PRI Veracruz aplicará pruebas de embarazo a candidatas" *El Financiero*, 04 de noviembre, 2015, *http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/pri-veracruz-aplicara-pruebas-de-embarazo-a-candidatos.html.*

VÁZQUEZ CORREA, Lorena, Acciones en el senado para combatir la violencia política contra las mujeres", Revista pluralidad y consenso, vol. 7, núm. 31, 2017, p. 59, *http://revista.ibd.senado.gob.mx/index.php/PluralidadyConsenso/article/view/400*.

3. Jurisprudencia

Caso Ríos y otros vs. Venezuela", sentencia de 28 de enero de 2009, *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso González y otras vs. México", sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.*

4. Legisgrafía

Ley 210, "Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica", Estambul, Consejo Europeo, Estambul, 11 de mayo 2011.

Ley, "Gaceta de la Comisión Permanente del Senado de la Republica LXI-I/3SPR-25/57091", México, Senado de la República, México, 19 de agosto 2015.

Ley, "Gaceta Oficial de la Ciudad de México", Ciudad de México, Órgano de Difusión del Gobierno de la Ciudad de México, México, 21 de junio 2017.

Ley, "Ley General de Partidos Políticos". Estados Unidos Mexicanos: Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, México, 23 de mayo 2014.

Ley, "Protocolo para Atender la Violencia Política Contra las Mujeres", Ciudad de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, mayo 2016.

LA "ILICITUD" DE LA PROSTITUCIÓN, ¿OBSTÁCULO A LA LABORALIDAD O AL CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS?

Marta Fernández Prieto*

I. Introducción. Sistemas de regulación de la prostitución

Han sido múltiples y diversas las respuestas del Derecho a lo largo de la historia al ejercicio de la prostitución, como actividad humana, marginal e informal, pero fuertemente arraigada en la sociedad, extendida a lo largo de los siglos y la mayoría de las veces tolerada[1]. La RAE define la prostitución como "actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero[2]". Se trata, no obstante, de una actividad que afecta esencialmente a la mujer.

La prostitución, desde una perspectiva jurídica, puede ser calificada como ilegal, alegal o legal. Puede, en consecuencia, tipificarse y sancionarse, pero también considerarse objeto de una prestación de servicios sexuales a cambio de una contraprestación económica o incluso protegerse en el ámbito de una relación laboral. Paralelamente, desde una perspectiva meramente ética o moral, la práctica de la prostitución puede concebirse

---

* Marta Fernández Prieto, Doctora en Derecho, Universidade de Vigo, Profesora titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho de Ourense, mfprieto@uvigo.es, Código Orcid 0000-0002-2371-0174.

1 Salas Porras, María, Vila Tierno, Francisco, "El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena", http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf (8-7-2019) p. 1 ss. En palabras de Preciado Domènech, "existe una realidad social: que los españoles se gastan 50 millones de euros todos los días en prostitución, que potencialmente existen en nuestro país 15 millones de hombres, potenciales clientes de las 400.000 prostitutas o, por fin, que el «negocio» de la prostitución en España, mueve anualmente en España 18.000 millones de euros, son datos por sí solos reveladores, de su magnitud económica". Véase Preciado Domènech, Carlos Hugo, "Comentario de la sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 19/11/2018", *Blog de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, accesible en https://drive.google.com/file/d/1TLZT-0qsgSJdmYEdK3uP5O6u0L9H9gnR3/view (8-7-2019).

2 RAE, Diccionario de la Lengua Española, http://dle.rae.es/?id=UQxO9nC (8-7-2019).

como una conducta contraria a las buenas costumbres, con la consideración de trasgresor en quien la ejerce o, al contrario, poner de relieve su condición de víctima y su necesidad de protección, por el carácter degradante que puede tener para quien la ejerce.

Así pues, las diferentes manifestaciones del ordenamiento jurídico frente a la prostitución, incluida la falta de regulación, van desde su prohibición y tipificación como delito o su consideración al margen del mercado lícito, hasta su tolerancia o el reconocimiento tácito de su utilidad social, al menos en la esfera de lo íntimo o privado, o incluso su contemplación como actividad productiva o como objeto de una relación laboral, cuando el intercambio de servicios sexuales por retribución se desarrolla en el marco de una relación jurídica de trabajo asalariado.

Las distintas alternativas que ofrece el Derecho a la ordenación de la prostitución y su mayor o menor entronque en ideologías sustentadas en consideraciones éticas o morales o en ideologías liberales, han dado lugar a diversos sistemas de regulación que suelen reconducirse a cuatro grandes modelos: prohibicionista, reglamentista, abolicionista y laboralizador o regulacionista[3]. Estos sistemas suelen aparecer en los distintos ordenamientos de forma sucesiva e incluso frecuentemente no en un estado puro sino combinando varios de ellos, a modo de *totum revolutum*[4] que no satisface a los defensores de ningún modelo.

No se debe olvidar que esos modelos regulatorios contemplan y tratan de regular una realidad compleja en la que, como consecuencia en parte de la globalización, confluyen mafias trasnacionales de mercado de personas y crimen organizado vinculadas generalmente a situaciones de pobreza y de especial vulnerabilidad[5], turismo sexual, trata de blancas, pornografía,

[3] Gay Herrero, Sylvia, Sanz, Marian, Otazo, Eñaut, "¿Prostitución=profesión? Una relación a debate", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 13, 2003, pp. 15 ss.; Lousada Arochena, José Fernando, "Prostitución y Trabajo: La Legislación Española", *Congreso Internacional Explotación Sexual y tráfico de mujeres*, 26-28 de octubre de 2005, AFESIP, accesible en http://pmayobre.webs.uvigo.es/pop/archi/profesorado/teresa_conde/prostitucion.pdf (8-7-2019).

[4] Rivas Arjona, Mercedes, "II República española y prostitución: el camino hacia la aprobación del Decreto abolicionista de 1935", *ARENAL*, núm. 20-2, 2013, pp. 345-368.

[5] Gay Herrero, Sylvia, Sanz, Marian, Otazo, Eñaut, "¿Prostitución=profesión? Una

movimientos migratorios impulsados por la profunda separación entre los países desarrollados y no desarrollados y caracterizados por la precariedad, los mercados secundarios y marginales y la economía sumergida, corrupción de menores, proxenetismo, explotación, discriminación, abusos, enfermedades venéreas… Pues en la mayoría de los casos la prostitución no se ejerce de forma voluntaria[6].

El prohibicionismo se fundamenta en la represión penal del ejercicio de la prostitución. Prohíbe la compraventa de servicios sexuales. Tipifica como ilícitos penales tanto la prostitución como el proxenitismo y, por tanto, sanciona como delincuentes a quien la ejerce y a quien se lucra con su ejercicio por cuenta ajena, con penas de cárcel, multas o medidas reeducadoras. Muestra un rechazo contundente hacia quien ejerce la prostitución, que es considerado un delincuente y, en algunos Estados musulmanes, como Irán, la prostituta es sancionada incluso con la muerte[7]. Deja, en cambio, impune al cliente que recibe el servicio. Fue el sistema imperante en España entre 1623 y 1845.

El sistema reglamentista, despenalice totalmente o no el ejercicio de la prostitución[8], pretende, sin prohibirlo, regular administrativamente las condiciones en las que se lleva a cabo. Frente al ejercicio público de la prostitución, trata de proteger, en realidad, el orden social establecido. Concibe a la prostituta como portadora de un riesgo de daño de otros bienes jurídicos, una persona cuando menos complicada, y trata de encauzar, reconducir y minimizar el riesgo para garantizar el orden público[9], pero sin dejar

relación a debate", cit., p. 13.

6 López Insua, Belén del Mar, "Migraciones y trabajo invisible tienen nombre de mujer", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018, base de datos Westlaw, BIB 2018\5862, p. 20/30.

7 En otros, con pena privativas de libertad, Barahona Gomariz, María José, "Prostitución, abolicionismo y trabajo social. Las actitudes de los y las profesionales de la Comunidad de Madrid", Tesis accesible en https://eprints.ucm.es/36978/1/T37008.pdf (12-2-2020), 2015, p. 33.

8 Generalmente se establece la legalización de la prostitución, siempre que se cumplan por quien la ejerce y quien se lucre con su ejercicio los requisitos previstos en la reglamentación y se sanciona a prostitutas y proxenetas que no cumplan los requisitos exigidos.

9 Concepto jurídico indeterminado, que tiene como finalidad salvaguardar el inte-

de satisfacer la sexualidad masculina. Establece, para ello, una regulación bastante estricta fundada en razones de seguridad ciudadana y salud pública. Así, aun cuando tolera la prostitución e incluso se reconoce su utilidad social, la somete a controles oficiales, a veces más propios de otras épocas. La reglamentación suele ser de origen local y no pretende tanto perseguir la prostitución en sí como algunas de sus manifestaciones consideradas más libertinas.

Se entiende que la reglamentación no crea ni fomenta ni publicita la prostitución, sino que más bien la corrige, la tolera y la oculta de quien no quiera entrar en contacto con esa actividad. Trata de identificarla, controlarla y vigilarla. Pero no para acabar con el abuso y la explotación a los que se ven sometidos las personas que ejercen la prostitución ante una situación de necesidad, sino para controlar los problemas de orden y salud pública que podría generar su ejercicio sin regulación. Así, se ha manifestado con grados de intervención muy diferentes a lo largo de la historia[10], para prohibir el ejercicio de la prostitución callejera; exigir la inscripción de las prostitutas en un censo o fichero especial, incluso establecer prohibiciones o limitaciones para confinarlas en espacios marginales restringiendo su libertad de circulación e instar el registro de los prostíbulos en los que puede ejercerse legalmente la prestación de servicios sexuales; obligar a una vigilancia sanitaria continuada, con revisiones periódicas de la salud de las prostitutas reflejadas en una cartilla sanitaria y establecer hospitales habilitados para ellas, con el objeto de prevenir enfermedades venéreas; aplicar tasas…

---

rés general y está a medio camino entre la ley y la moral. Véase González García, Sergio, "Prostitución y proxenetismo: una cuestión de Estado", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2019, base de datos Westlaw, BIB 2019\8979, p. 3/23.

[10] Véase una perspectiva histórica de la reglamentación de la prostitución en Guereña, Joan-Louis, "Los orígenes de la reglamentación de la prostitución en la España contemporánea. De la propuesta de cabarrús (1792) al Reglamento de Madrid (1847)", *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus*, núm. 15, 1995, pp. 401-441. El sistema reglamentarista, no obstante, estuvo también presente en España durante la Edad Media, de mediados del siglo XIX a 1935 y de 1941 a 1956. Rivas Arjona, Mercedes, "II República española y prostitución: el camino hacia la aprobación del Decreto abolicionista de 1935", cit. p. 349.

El abolicionismo, con respaldo en la normativa internacional[11], persigue, como el prohibicionismo, la erradicación de la prostitución a través de su inclusión en los tipos penales, pero desde una perspectiva radicalmente distinta. Cataloga la prostitución, incluso si se ejerce voluntariamente, como una forma de esclavitud –en los sistemas más modernos una forma de violencia de género– y, por consiguiente, un medio no lícito de vida. Es el sistema vigente en los países nórdicos y considera la prostitución una manifestación de la violencia de género, que impide la igualdad de sexos y atenta contra la igualdad de quien la ejerce. No prohíbe el intercambio de servicios sexuales por retribución porque considere que se incita a la inmoralidad, sino porque entiende que se ejerce como reacción o respuesta no a un estímulo sino a una necesidad de subsistencia. Considera, por tanto, que su ejercicio conduce a la vulnerabilidad y a la degradación misma de la prostituta, al conferirle a su cuerpo la condición de simple objeto o mercancía a la que se le pone precio para que sea disfrutado sexualmente por otro individuo. Y presiona para su supresión con argumentos similares a los utilizados en su día para combatir la esclavitud o el trabajo de los menores. Aunque tiene sus detractores, refleja datos positivos en términos de descenso del número de personas prostituidas y de la trata con fines de explotación[12].

---

[11] Véase el Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949 –Tratado de *Lake Success*-, ratificado por España el 18 de junio de 1962. Comienza su preámbulo considerando que la prostitución y la trata de personas para fines de prostitución "son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana". Con todo, otros instrumentos internacionales más recientes parecen circunscribir la lucha contra la trata a los casos de explotación de la prostitución, abusos o situaciones de vulnerabilidad. Véanse art. 3 del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 –y ratificado por España mediante instrumento de 21 de febrero de 2003 (BOE de 11 de diciembre de 2003)-; art. 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de Varsovia, de 16 de mayo de 2005; y art. 2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

[12] González García, Sergio, "Prostitución y proxenetismo: una cuestión de Estado", cit., p.6-23.

De forma coherente con ese hilo conductor, los sistemas abolicionistas pueden sancionar todas las actuaciones que rodean el ejercicio de la prostitución –incluso la demanda de servicios sexuales de terceros–, pero protegen a quien la ejerce como víctima, mediante el desarrollo de políticas encaminadas a su integración social. El modelo surge en Gran Bretaña, en la segunda mitad del siglo XIX, curiosamente con la aparición de los primeros movimientos feministas, encabezados por Josephine Butler. Emerge como reacción a la aprobación de las *Contagious Diseases Acts* por el Parlamento británico en 1864, que convertían a las prostitutas en el modelo de las conductas sexuales inmorales y en las únicas responsables de la trasmisión de enfermedades venéreas. En concreto, pretende poner en tela de juicio la potestad ilimitada y arbitraria de la policía en el control de las prostitutas y los registros y controles médicos. Y utiliza como argumentos de peso la necesidad de garantizar la igualdad, el respeto y la libertad de la mujer, incluso en el ámbito sexual. Critica el carácter sexista de las reglamentaciones, por estigmatizar a la prostituta al inscribirla en un registro policial específico. No concibe, pues, la prostitución como un acto de libertad sexual, sino como manifestación de una explotación de género, del sometimiento de las mujeres a los hombres[13].

El sistema laboralizador, frecuentemente complementado por el reglamentista, considera que la prostitución ejercida como trabajo libre y voluntariamente prestado puede ser objeto de una relación laboral y, por tanto, quien la ejerce por cuenta ajena será una persona trabajadora asalariada, protegida con los correspondientes derechos laborales y de Seguridad Social. Este modelo, también denominado legalicionista, diferencia la prostitución libre o por elección de la prostitución forzada o por coacción y es el existente en Holanda y Alemania. Aunque pretende mejorar las condiciones de la trabajadora sexual y combatir la prostitución forzada, los datos revelan un incremento de la explotación de las mujeres por mafias y grupos organizados[14].

---

[13] Rivas Arjona, Mercedes, "II República española y prostitución: el camino hacia la aprobación del Decreto abolicionista de 1935", cit. pp. 349 ss.

[14] González García, Sergio, "Prostitución y proxenetismo: una cuestión de Estado", cit., p. 5/23.

La prostitución ha constituido hasta el día de hoy una realidad incómoda para el legislador, existiendo postulados político-jurídicos ciertamente muy heterogéneos respecto a la normativa reguladora, o represora, de las actividades vinculadas al comercio del sexo, no solo históricamente sino también en el contexto internacional actual, incluso entre los países de nuestro entorno. Ello ha provocado que la prostituta sea considerada de manera sustancialmente distinta en función de esos postulados[15].

En nuestro ordenamiento jurídico, la prostitución no está regulada como tal, aunque algunas ciudades y comunidades autónomas establecieron algún tipo de reglamentación para las prestaciones de servicios de naturaleza sexual[16]. En general, se entiende por tal la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o la prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo

---

[15] Díaz Aznarte, María Teresa, "La libre prestación de servicios sexuales en el ordenamiento jurídico-laboral español. El desencuentro entre la realidad y el derecho", Nueva *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018, p. 644.

[16] En efecto, existen reglamentaciones locales que tratan de regular los locales o establecimientos en los que puede ejercerse la prostitución. Así, la Ordenanza local sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución, aprobada por Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Bilbao el 12 de mayo de 1999 –BOP de 4 de junio de 1999- y modificada por Acuerdo Plenario de 26 de junio de 2002 -BOP núm. 137, de 18 de julio de 2002-, que regula aspectos tales como distancias mínimas entre establecimientos dedicados a esa actividad, requisitos mínimos de orden higiénico-sanitario, o la solicitud de licencia; la Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona (BOP Annex I, de 24 de enero de 2006); la Ordenanza para la Garantía de la Convivencia Ciudadana y la Protección del Espacio Urbano en la Ciudad de Málaga (BOP núm. 228, de 30 de noviembre de 2010); la Ordenanza de mendicidad y prostitución en espacios públicos del Término Municipal de Alicante (BOP núm. 57, de 23 de marzo de 2011)... Entre las reglamentaciones autonómicas, se puede mencionar el Decreto 217/2002, de 1 de agosto, de la Generalitat de Cataluña, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución (DOGC núm. 3695, de 8 de agosto de 2002) y la Orden del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Cataluña de 14 de julio de 2003, por la que se aprueba la ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución (DOGC núm. 3935, de 29 de julio de 2003). Véase Brufao Curiel, Pedro, *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*, Fundación Alternativas, 2008, pp. 22 ss. Sobre la regulación autonómica catalana y la Ordenanza de Barcelona, Sobrino Garcés, Cristina, "Prostitución callejera y regulación jurídica española. Estado de la cuestión", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2018, pp. 17 ss.

su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respeta a la elección de la actividad, llevada a término en reservados anexos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia. En el año 2006 incluso se planteó en el Congreso el debate sobre su posible regulación, que concluyó con en el Informe de la Ponencia sobre la Prostitución realizado en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, que pone de manifiesto las ingentes cantidades de dinero que generan las actividades ligadas al comercio del sexo[17]. Aunque el objetivo inicial era establecer unas normas mínimas para su ejercicio legal, los testimonios aportados por expertos nacionales e internacionales, que evidenciaron de forma reiterada que no se ejerce la prostitución, en general, por libre elección de la persona, sino de forma obligada, bien por circunstancias personales o por el desconocimiento de la realidad de la prostitución, condujeron a propuestas más orientadas a la erradicación de esta actividad[18].

Sí se tipifican en la esfera penal comportamientos que evidencian una situación de explotación sexual, bien por la especial vulnerabilidad de la víctima o por que se le impongan condiciones gravosas o abusivas, en tanto

---

[17] En España, la prostitución genera más de 50 millones de euros diarios (18.000 millones de euros al año). Solo los anuncios de contactos en periódicos españoles representan más de 40 millones de euros al año. Se estima que en España el número de prostitutas asciende a unas 400.000, que generan para los empresarios del sector 45.000 euros por prostituta y año. Datos más recientes, confirman que la prostitución sigue siendo una actividad en auge. Véase Meneses Falcón, Carmen, Uroz Olivares, Jorge y Rúa Vieites, Antonio, *Apoyando a las víctimas de trata. Las necesidades de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual desde la perspectiva de las entidades especializadas y profesionales involucrados. Propuesta para la sensibilización contra la trata*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad, 2016, disponible en http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/Apoyando_Victimas_Trata.pdf (13-2-2020).

[18] Véase el Informe de la Ponencia sobre la Prostitución en Nuestro País (154/9) -BOCG, Serie A: Actividades Parlamentarias, núm. 379, de 24 de mayo de 2007, pp. 1-25-, aprobado por treinta y siete votos a favor y tres en contra. Una tesis muy minoritaria defendió el ejercicio de la prostitución como manifestación de la libertad personal. Un estudio minucioso en Pemán Gavín, Juan, "El debate sobre la legalización de la prostitución en España. (A propósito del Informe de la Ponencia constituida al efecto en las Cortes Generales)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136, 2007, base de datos Westlaw BIB 2007\2010.

que pueden coartar la capacidad volitiva de la persona que ejerce la prostitución. Fuera de los supuestos tipificados no puede hablarse de ilicitud, aunque tampoco se declara expresamente su licitud. La ausencia de regulación del ejercicio de la prostitución junto con la atipicidad penal de la prostitución voluntaria de adultos lleva a un importante sector doctrinal a considerar que existe un vacío legal y a calificar el supuesto de alegalidad[19].

La potencial vulneración de derechos humanos en la propia persona que ejerce la prostitución, puesta de manifiesto por las tesis abolicionistas, hace, además, que cuando menos resulte dudosa desde el punto de vista legal la posible configuración como relación laboral del ejercicio de la prostitución. La prestación retribuida de servicios sexuales pone en tela de juicio, por su propia naturaleza y tal y como se deduce de convenios internacionales, valores y derechos humanos tan esenciales como el derecho a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes o a la libertad –la libertad sexual y la autonomía de la voluntad– y la igualdad. Pero también otros derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y moral y el derecho al honor de la persona prestadora del servicio. Derechos, todos ellos, consagrados en los arts. 10 y 14 y ss. CE[20]. Por ello se plantean problemas en orden al posible carácter ilícito del objeto y de la causa de la prestación de servicios sexuales bajo el poder directivo de un empleador, incluso por quien voluntariamente asume la decisión de ejercerla.

Partiendo de los diferentes modelos regulatorios existentes, se acometerá a continuación un estudio del estado de la prostitución en España y de su posible consideración, pese a la inexistencia de regulación legal al respecto, como objeto de una relación laboral o de una prestación de servicios por cuenta propia. Ese estudio requiere un análisis desde una perspectiva jurídica multidisciplinar –civil, penal, constitucional, laboral…–, pero sin olvidar la dimensión filosófica, sociológica, histórica… inherente al negocio del sexo. Con todo, parece conveniente centrar la actividad en el marco

---

19 Salas Porras, María, Vila Tierno, Francisco, "El ejercicio de la prostitución como contenido...", cit. p. 5.

20 Constitución Española, Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

del Derecho, con abstracción de las consideraciones morales o éticas que *a priori* pueda merecer el ejercicio de la prostitución.

El punto de partida será la ficción jurídica de la relación de alterne, que trata de suplir el rechazo a la regulación de la relación laboral de los trabajadores sexuales y se vincula al reconocimiento legal de la prostitución por cuenta propia, aunque sin una previsión específica en torno a su tratamiento fiscal ni en materia de protección social. Para ello se analizará, junto a la regulación legal, la doctrina judicial, en especial del orden social, que mayormente ha negado la posibilidad de que exista y pueda reputarse válido un contrato de trabajo que tenga por objeto la explotación lucrativa de la prostitución.

Y el punto de llegada tratará de poner el foco de atención, más que en la regulación de la prostitución como objeto de una relación laboral, en combatir, desde una estricta perspectiva de género, la prostitución, en cuanto contribuye a perpetuar los estereotipos de género, así como la idea de que el cuerpo de las mujeres está en venta para satisfacer la demanda masculina de sexo, tal y como recoge la Resolución Parlamento Europeo de 24 de febrero de 2014[21]. Ello exige una gran sensibilidad e implicación de los poderes públicos y su actuación en múltiples ámbitos, para combatir la explotación sexual y la trata de personas, promover el trabajo decente y los derechos de los trabajadores migrantes, favorecer la inserción social y laboral de las mujeres en riesgo de pobreza y exclusión, así como fomentar la formación y sensibilidad en materia de género[22].

II. La artificiosa distinción en la doctrina judicial entre la relación de alterne y de prostitución

La ausencia de regulación legal de la prostitución como actividad de prestación de servicios y la incierta calificación que puede merecer quien se

---

[21] Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género -2013/2103(INI)-.

[22] Quesada Segura, Rosa, "Por primera vez, la prostitución como objeto del contrato por cuenta ajena. Interpretación judicial de la protección de la igualdad de género", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, 2015, pp. 363-370.

lucra explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma, han incidido en que los tribunales se hayan mostrado tradicionalmente reacios a considerar el carácter laboral de la prestación de servicios sexuales. Admiten, no obstante, una posible relación laboral de alterne, no exenta de críticas en la doctrina iuslaboralista[23], "pues supone, de hecho, admitir la prostitución por cuenta ajena pero sin reconocerla formalmente[24]", partiendo de la premisa de que quien ejerce la prostitución en los clubs de alterne lo hace por cuenta propia. En esta otra prestación de servicios de alterne, se entiende que la persona trabajadora recibe del empresario titular de un local abierto al público una retribución exclusivamente por conversar, alternar o conectar con la clientela, a modo de relaciones públicas, y por estimularla al consumo de bebidas alcohólicas.

La relación de alterne, en efecto, constituye con frecuencia una actividad meramente instrumental, que pretende propiciar relaciones sexuales con los clientes y enmascarar la prostitución como trabajo asalariado encubierto. En esos casos, la prestación de servicios sexuales, cuando concurre, se considera generalmente al margen de la relación laboral de alterne. Esos servicios se estiman concertados directamente en la mayoría de los supuestos entre quien presta el servicio por cuenta propia y el potencial cliente. Cuando los servicios se prestan en el local de quien ha contratado con la persona prestadora de los servicios sexuales una relación de alterne, esta suele abonarle al titular del establecimiento el pago de un precio de

---

[23] Véase Benlloch Sanz, Pablo, "¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de "alterne"", *Aranzadi* Social, núm. 17, 2003, base de datos Westlaw BIB 2003\1493 y "La laboralidad de las actividades de alterne y prostitución: un debate abierto", *Aranzadi* Social, núm. 7, 2008, base de datos Westlaw BIB 2008\1321; Bonilla, Ana, "Actividad de alterne y carácter laboral de la relación. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de diciembre de 2003", *Aequalitas*, núm. 14, 2004; Arias Domínguez, Ángel, "Prostitución y Derecho del Trabajo ¿auténtica relación laboral?", *Aranzadi* Social, núm. 17, 2008, base de datos Westlaw BIB 2008\2878.

[24] Quedada Segura, Rosa, "Por primera vez, la prostitución como objeto del contrato por cuenta ajena...", cit. pp. 363 ss. En el mismo sentido, Díaz Aznarte, María Teresa, "La libre prestación de servicios sexuales en el ordenamiento jurídico-laboral español. El desencuentro entre la realidad y el derecho", cit., p. 651 s. califica de "equilibrismo jurídico" y de "ejercicio de funambulismo" la línea divisoria imaginaria entre prostitución y alterne.

hospedaje en concepto de alquiler de la habitación, que puede consistir en una participación o comisión en la remuneración pactada con el cliente. Es incluso bastante usual que el titular del establecimiento establezca, como precio de alquiler, un mecanismo de reparto de los ingresos obtenidos por el ejercicio de la prostitución similar al de la relación de alterne y cifrado en un porcentaje de la retribución abonada por el cliente.

El estudio de la doctrina judicial sobre la configuración laboral o no de la prestación de servicios de alterne y/o prostitución, parte, en los supuestos en que aprecia la existencia de una relación laboral, de la concurrencia o superposición, frecuentemente inexistente, de dos relaciones distintas: una relación laboral de alterne y una prestación de servicios sexuales o de prostitución por cuenta propia[25], que se considera que no constituye la actividad preponderante, aunque en algunos casos los tribunales evitan pronunciarse sobre la actividad de la prostitución[26], quizás para no extender su ilicitud a la propia relación de alterne[27].

En virtud de la relación de alterne, la trabajadora recibe del titular del local una retribución exclusivamente por estimular a la clientela al consumo de bebidas alcohólicas y alternar con ella, por cuenta y bajo la dependencia de la persona que está al frente del local[28]. Se admite cualquier

---

[25] De la Villa de la Serna, Diego, "Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres. Comentario a la doctrina judicial sobre el "alterne"", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2004. Así, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 febrero de 2009 -JUR 2009\386815- y de Asturias de 13 octubre de 2010 -AS 2010\2368- declaran que concurren la actividad de alterne y la de prostitución. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 2008 -AS 2008\2004- señala expresamente que no constituye relación laboral el ejercicio de la prostitución en las habitaciones del piso superior del local, por ser actividad realizada por cuenta propia y no del titular del mismo.

[26] Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de junio de 2008 -AS 2008\1917-, que menciona solo la actividad de alterne por cuenta propia o por cuenta ajena.

[27] Sobre la fragilidad de la separación entre alterne y prostitución, véase el voto particular de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 4 de diciembre de 2003 -AS 2003\3638-.

[28] Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1981 -RJ 1981\1301-, 25 de febrero de 1984 -RJ 1984\923-, 14 de mayo de 1985 -RJ

forma de retribución, aunque en gran parte de los supuestos consiste en un porcentaje o comisión sobre el precio de las consumiciones. La nota de la subordinación o dependencia no se entiende como una sujeción estricta y absoluta a las órdenes e instrucciones del empresario sino como inclusión de la trabajadora en el círculo rector y disciplinario del empresario, "que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne[29]", sin perjuicio de la mayor o menor libertad de actuación con la que aquella pueda realizar su labor de captación de clientela.

En algunos supuestos se enjuicia solo la actividad de alterne, distinguiendo entre alterne por cuenta propia y por cuenta ajena[30]. Otros pronunciamientos declaran expresamente la ilicitud de un contrato de trabajo cuyo objeto sea el ejercicio de la prostitución por la supuesta trabajadora[31] o consideran que la prostitución se ejerce por cuenta propia.

1985\2712-, 4 de febrero de 1988 -RJ 1988\571- y 17 de noviembre de 2004 -RJ 2005\858-; Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 28 de mayo de 1998 -AS 1998\2122-; de País Vasco de 13 de noviembre de 2001 -AS 2002\1237-; de Andalucía, Málaga, de 14 de julio de 2000 -AS 2000\5724-, Sevilla, de 4 de diciembre de 2003 -AS 2003\3638- y Granada, de 20 de febrero de 2008 -AS 2008\2563-; de Navarra de 15 de octubre de 2003 -AS 2003\4009-, 29 de diciembre de 2004 -AS 2005\242-, 30 de junio de 2005 -AS 2005\2015- y 14 de abril de 2008 -AS 2008\1748-; de Castilla y León, Burgos de 31 de marzo y de 26 de mayo de 2005 -AS 2005\2720 y AS 2005\2344- y Valladolid, de 12 mayo de 2010 -JUR 2010\202425- y de 21 septiembre 2011 -JUR 2011\351118-; de Galicia de 2 de junio de 2008 -AS 2008\1917-, 27 febrero. de 2009 -AS 2009\1748-, 13 noviembre de 2014 -JUR 2015\30687-, 16 de enero, 3 de febrero y 15 de julio de 2015 -JUR 2015\41613, JUR 2015\53212 y JUR 2015\198968-; de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 2008 -AS 2008\2004- y de 11 febrero de 2014 -JUR 2014\111109-; de Castilla-La Mancha de 8 marzo de 2011 -AS 2011\1513-; de Cataluña de 17 de septiembre de 2003 -AS 2003\3211-, de 2 octubre de 2008 -AS 2008\2392-, 27 de febrero y 15 de mayo de 2009 - JUR 2009\386815 y AS 2009\2506-, 14 de octubre de 2010 -AS 2011\490-, 27 enero de 2017 -JUR 2017\108672-.

29 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 31 de marzo de 2005 -AS 2005\2720-.

30 Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de marzo de 2008 -AS 2008\1243-.

31 Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de noviembre de 2004 -JUR 2005\ 22333, 23 de marzo de 2012 -JUR 2012\146805- y 30 de marzo 2012 -JUR 2012\147394-.

Cuando se declara existente la relación laboral de alterne, no se tiene en cuenta, en general, para valorar su licitud, que frecuentemente los servicios que se ofrecen en los establecimientos tratan de incentivar no solo la captación y el consumo de bebidas de los clientes varones mediante el atractivo sexual sino también la contratación por los mismos de servicios sexuales de las alternadoras. En algunos casos ni siquiera se entra a valorar si se prestan servicios sexuales. En otros, en cambio, se admite la acumulación de ambas actividades, sin que la ilicitud de la prostitución se extienda a la actividad de alterne, generalmente porque se considera que la prostitución se ejerce por cuenta propia[32].

La prestación de servicios sexuales se desvincula, así, de la relación laboral de alterne y se considera que se concierta y presta directamente entre la trabajadora y el cliente, a iniciativa y por cuenta propia, en el propio local y abonando a su titular un precio por el alquiler de la habitación[33]. Aunque se acredite que los servicios sexuales se prestan en régimen de dependencia y no de autonomía, se entiende que no pueden constituir el objeto ni la causa de un contrato de trabajo válido.

---

[32] Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de octubre de 2008 -AS 2008\2392-, que declara expresamente que la circunstancia de que alguna de las trabajadoras mantuviese relaciones sexuales con los clientes a cambio de una retribución y pagando un tanto al local no puede viciar de nulidad la relación laboral de alterne, pues ello añadiría a la "indeseable explotación del propio cuerpo, contraria a la dignidad de la persona" el apartamiento de las normas de protección laboral para una actividad lícita como es el alterne.

[33] En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de mayo de 2009 –AS 2009\2506-, aprecia el carácter laboral de una supuesta relación de alterne pero lo rechaza respecto de la prestación de servicios de prostitución por su carácter penalmente ilícito –tras la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, modificadora del art. 188 del Código Penal-, así como también por entender que la prestación de servicios sexuales por cuenta ajena vulneraría derechos fundamentales de la persona prestadora de los servicios. Más recientemente, reconocen la existencia de una relación laboral de alterne, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013 –RJ 2013\8117 por falta de contradicción-; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 6 de julio de 2017 -JUR 2017\209668-; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 23 de enero de 2018 (JUR 2018\116724); o Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de mayo, 25 de octubre y 20 de noviembre de 2017 (JUR 2017\126885, JUR 2017\311683 y JUR 2018\14423) y de 28 de febrero y 28 de marzo de 2018 (JUR 2018\116724 y JUR 2018\198208).

En algunos supuestos, en cambio, se considera, a la vista de los hechos declarados probados en la instancia, que las actividades conjuntas de alterne y prostitución resultan inescindibles y se tiene en cuenta si alguna de las actividades puede considerarse meramente incidental[34]. En este sentido, han sido varios los pronunciamientos del Tribunal Supremo que han apreciado la inexistencia de contradicción entre sentencias que reconocen la naturaleza jurídica laboral de la actividad de alterne y las que niegan la existencia de una relación laboral cuando esa actividad conlleva además el ejercicio de la prostitución[35].

Teniendo en cuenta esta doctrina judicial, se ha declarado también la nulidad de los estatutos del Sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS), en cuyo ámbito funcional se incluían "actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes", expresión comprensiva de actividades cuyo carácter laboral se ha reconocido por los tribunales, como trabajos de alterne, bailarines eróticos, actores porno o la prestación de servicios en centros de masajes, pero también del ejercicio de la prostitución propiamente dicha por cuenta de un tercero[36].

---

[34] Véanse, entre otras, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de marzo de 2008 -AS 2008\1243- y de Murcia de 29 de octubre de 2007 -AS 2008\673-. En concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de marzo 2012 -JUR 2012\147394 reconoce que, en el caso de autos, es imposible deslindar la actividad de alterne de la actividad sexual que se promueve. El alterne constituye solo un paso previo, pues los clientes se dirigen al hotel no con el mero objetivo de tomar una copa, sino para contratar los servicios de prostitución que se prestan en sus habitaciones. La circunstancia de que pueda darse algún supuesto de alterne sin prostitución es incidental y no permite justificar una prestación de servicios autónoma, distinta e independiente a la prostitución e incardinable en una relación laboral. En sentido similar, más recientemente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de enero de 2018 (JUR 2018\71373).

[35] Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013 -RJ 2013\8117- y 21 de diciembre de 2016 -RJ 2016\6323-; y autos del TS de 18 de junio y 11 de septiembre de 2014 -JUR 2014, 221041 y JUR 2014, 261625-, 15 de diciembre de 2015 -JUR 2016, 37920-, 11 de mayo de 2016 -JUR 2016, 139915-, 3 de mayo, 31 octubre y 21 de noviembre de 2017 - JUR 2017\141263, JUR 2017\301164 y JUR 2018\8956-, 5 de junio, 17 de julio y 12 de septiembre de 2018 –JUR 2018\185186 , JUR 2018\234935 y JUR\2018\276076-...

[36] Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2018 –AS 2019\157-. Para el órgano judicial de instancia ni las prostitutas son formalmente trabajado-

En los casos en los que no se puede apreciar la existencia de una relación laboral de alterne y se acredita simplemente el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena, la jurisdicción social considera mayoritariamente que la relación laboral no puede válidamente existir por la ilicitud del contrato de trabajo en sí –del objeto y/o de la causa– y, por tanto, que no existe infracción alguna sobre la laboralidad de la prestación de servicios. En algún asunto la doctrina judicial entiende que no concurren los presupuestos configuradores de la relación laboral. En general, se considera que faltan las notas de dependencia y/o ajenidad[37].

Alguna doctrina judicial, incluso, ha considerado que el ejercicio de la prostitución en un establecimiento vicia de nulidad posibles relaciones laborales concertadas por el mismo empleador para desarrollar funciones

---

ras ni su actividad es lícita. Asunto no exento de polémica, tras el registro en la Dirección General de Trabajo y la publicación de la Resolución de 31 de julio de 2018 de la Dirección General de Trabajo por la que se anuncia la constitución del sindicato denominado "Organización de Trabajadoras Sexuales", en siglas OTRAS, con número de depósito 99105790 - BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2018-. Véanse comentarios críticos de la sentencia en Fita Ortega, Fernando, "Acerca de la nulidad del trabajo sexual como ámbito funcional de un sindicato. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2018, Recurso nº. 258/2018", *La Ley*, núm. 1034, 2019, pp. 3-4; Aguilar Barriga, Encarnación, "Prostitución : impugnación del sindicato de "trabajadoras sexuales", denominado bajo las siglas OTRAS", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 52, 2019, pp. 221-256; Miñarro Yanini, M., "La libertad sindical de «todos» no alcanza a «las OTRAS»: la Audiencia Nacional confunde titularidad del derecho de libertad sindical con legalización de la prostitución", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 430, 2019, pp. 143 ss.; Preciado Domènech, Carlos Hugo, "Comentario de la sentencia…" cit., pp. 1-11 y Molina Navarrete, Cristóbal, "El concepto-tipo jurídico-material de trabajador a efectos de la libertad sindical: razones normativas de las «trabajadoras del sexo» para su disfrute", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019, base de datos Westlaw BIB 2019\1561. Parte este último autor en su estudio de la doctrina constitucional española, que, al igual que las normas internacionales en esta materia, no exige la condición de trabajador asalariado del ET para garantizar el ejercicio de la libertad sindical. Deslinda el reconocimiento de este derecho de la respuesta político-jurídica que deba darse a la legalización o laboralización o no de la prostitución y defiende que debe reconocerse y garantizarse a las prostitutas, como trabajadoras sexuales, el derecho a disfrutar de la libertad sindical.

37 Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de octubre de 2007 -AS 2008\673-; de Galicia de 12 de marzo de 2008 -AS 2008\1243-,10 de abril de 2013 -JUR 2013\183071-, 25 de noviembre de 2014 -JUR 2015\33496- y 16 de enero de 2015 JUR -2015\42418-.

accesorias que no incluyen la prestación de servicios sexuales propiamente dichos[38].

La inexistencia de una relación laboral acarrea consecuencias diversas para la trabajadora, como la no consideración como accidente de trabajo del accidente *in itinere*, sufrido en el desplazamiento entre el local en el que ejerce la prostitución y su domicilio por una persona que presta servicios sexuales en el interior de un local a cambio de una contraprestación económica abonada por el dueño del establecimiento[39]. Sin perjuicio, en todo caso, de la posibilidad de reclamar la remuneración correspondiente a un contrato válido por los servicios ya prestados, al amparo del art. 9.2 ET, para evitar el enriquecimiento injusto de quien se lucra con la prostitución ajena, ante la nulidad del contrato por la propia ilicitud de su objeto[40].

Unos y otros pronunciamientos judiciales entienden que no puede existir un contrato de trabajo válido que dé cobertura a las situaciones de explotación lucrativa de la prostitución por cuenta ajena, aun cuando sea por decisión voluntaria –y no forzada– de la persona que presta los servicios sexuales. Los argumentos que se reiteran para denegar el carácter laboral de la prestación de servicios de prostitución son propios de la teoría general de contratos y obligaciones. Se reconducen a la nulidad del contrato por la ilicitud de su objeto y de la causa. Lo sorprendente es que esos argumentos no se trasladen al contrato civil de arrendamiento de servicios que debe entenderse suscrito entre quien ejerce la prostitución por cuenta propia y sus eventuales clientes.

Existe al menos una excepción a esta doctrina judicial, en la que un juzgado de instancia, ante un procedimiento instado de oficio por la TGSS y previa acta de infracción de la Inspección de Trabajo por falta de afiliación

---

38 La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de enero de 1997 -AS 1997\340-, califica de contrato con causa ilícita, nulo de pleno derecho, el de una trabajadora que desarrolla funciones de concertación de citas para la prestación de servicios sexuales, recepción y cobro de los clientes como encargada del turno de día en un establecimiento en el que se prestan servicios sexuales.

39 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 9 de enero de 1992 -AS 1992\201-.

40 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de enero de 1997 -AS 1997\340-.

y alta de las trabajadoras, reconoce el carácter laboral de una prestación de servicios sexuales por cuenta ajena y de forma libre, desarrollada en el marco de un centro de masajes eróticos, con licencia municipal como centro de masajes y no de alquiler de habitaciones. La prestación de servicios sexuales no se oculta en el caso de autos bajo una hipotética relación laboral complementada por el ejercicio de la prostitución de forma autónoma a través del alquiler a la titular del establecimiento de las habitaciones[41]. No ya bajo una relación laboral de alterne, que, por la actividad a la que se dedica el empleador, no concurre, sino ni siquiera bajo una vinculación laboral, real o ficticia, como masajista sin más adjetivos calificativos. En la propia web del centro se ofertaban los servicios con "una dedicación plena, placentera, sexual y con mucha implicación femenina" hacia el cliente, lo que impedía reconocer la laboralidad exclusivamente de una relación paralela al mero intercambio de sexo por contraprestación económica.

La distinción entre la actividad lícita de alterne y la actividad ilícita de prostitución se utilizó también en la jurisdicción contencioso-administrativa a efectos de la aplicación de la legislación de extranjería preexistente a la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que exigía un medio lícito de vida para que el extranjero no fuese expulsado[42].

---

41 Véase la sentencia de 18 de febrero de 2015, del Juzgado de lo social núm. 10 de Barcelona -AS 2015\176-. Con un argumento distinto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de octubre de 2018 –JUR\2018\317282- entiende también que concurren los requisitos para la existencia de un contrato de trabajo. En este caso, se parte de la presunción de certeza de un acta de la Inspección de Trabajo que recogía de la no realización de prestaciones sexuales en el centro de masajes, confirmada por el administrador en su tramitación, pese a que la empresa en la contestación a la demanda, realizada en el propio acto del juicio, alega que diversas personas ejercen libremente y por cuenta propia en el establecimiento la prostitución para negar el carácter laboral de la prestación de servicios.

42 Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de febrero de 1997 - RJ 1997\1535 y RJ 1997\1543-, 20 de noviembre de 2001 -RJ 2002\152-, 25 de octubre de 2002 -RJ 2002\10298-, 7 de abril y 2 de junio de 2003 -RJ 2003\3420 y RJ 2003\4216- y 15 de abril de 2005 -RJ 2005\1020-.

III. Ilicitud civil e ilicitud penal de la prostitución

De acuerdo con los arts. 1261 y siguientes del Cc, para que un contrato exista válidamente, se exige la concurrencia de tres elementos esenciales: consentimiento, objeto y causa. El consentimiento ha de prestarse válidamente por quien tenga capacidad para ello y el objeto y la causa del contrato han de ser lícitos. Pueden ser objeto de contrato los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. El art. 1271 Cc parece reconducir la licitud del objeto del contrato, cuando este consiste en una prestación de servicios, a los límites generales que el art. 1255 Cc impone a la autonomía privada autónomamente considerada –el respeto a las leyes, la moral o el orden público–. También en relación con la causa, el art. 1275 Cc establece que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno y considera ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. Parece evidente que en un contrato remuneratorio, como el de prestación de servicios sexuales, se entiende por causa, de acuerdo con el art. 1274 Cc, el servicio o beneficio que se remunera. La inmoralidad, a los efectos de la licitud o ilicitud tanto del objeto, como de la causa o de la propia obligación contraída, se interpreta por la doctrina iuscivilista como sinónima de ilegalidad[43]. La explotación sexual de otra persona puede considerarse ilegal, en caso de prostitución forzada constitutiva de un ilícito penal, o contraria a las buenas costumbres, en otro caso.

---

[43] En la jurisdicción civil se ha abordado la ilicitud del ejercicio de la prostitución en relación con la posibilidad de resolver un contrato de arrendamiento ex art. 27.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, atendiendo a su carácter de actividad inmoral (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1993 -RJ 1993\3724-), de ilícito civil (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 19 de octubre de 2000 -JUR 2001\44291-), o de actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (Sentencias de la Audiencia Provincial Lugo de 17 de diciembre de 2003 -JUR 2004\59831-, Guadalajara de 18 junio de 2004 -JUR 2004\192497- y Madrid de 3 de febrero de 2001 -JUR 2001\104634- y 9 de junio de 2009 -JUR 2010\300561-). Y también para exigir la cesación de actividad molesta y nociva en virtud del art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal, conforme a la redacción introducida por ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de junio de 2003 -AC 2003\2066-, 18 de febrero de 2005 -JUR 2005\85031-, 28 de octubre de 2013 -JUR 2014\4027- y 14 noviembre de 2016 -AC 2016\1804-).

Para el supuesto de ilicitud del objeto o de la causa del contrato, el art. 1305 Cc prevé que si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos y lo mismo si solo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes, "pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido". Precepto que se corresponde con el art. 9.2 ET, que permite al trabajador, en caso de nulidad del contrato de trabajo, exigir, por el trabajo ya prestado, la remuneración correspondiente a un contrato válido.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros modifica en su art. 1.9 el art. 188 del Código penal, que tipifica el delito llamado de determinación a la prostitución, entre los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores[44]. El art. 188.1 sanciona expresamente con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses, en la redacción posterior a la reforma[45], a quien "se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma". El mismo precepto, sin exigir ya la presencia de un tercero que se lucre con el ejercicio de la prostitución ajena, mantiene en similares términos la regulación anterior a la reforma para sancionar a quien "determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella".

El Código penal se modifica nuevamente respecto de los delitos contra la prostitución por el art. único.101 y siguientes de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo[46]. Se agravan las sanciones frente a comporta-

---

44 Caruso Fontán, Viviana, "Sobre la criminalización de las actividades relacionadas con la prostitución consentida", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 25,2011, pp. 31-44.

45 En la redacción anterior a la LO 11/2003, el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, no sancionaba el lucro por el ejercicio de la prostitución voluntaria por otra persona.

46 Esta ley, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre,

mientos cuya víctima es una persona menor de edad o con discapacidad, en atención a su necesidad de especial protección y se introducen nuevas agravantes frente a los supuestos más lesivos de prostitución infantil. Se modifica el art. 187 con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena. Pero, fuera de los supuestos previstos en el art. 188, que afectan a víctimas menores de edad o discapacitadas[47], se sanciona únicamente el lucro de la prostitución cuando concurran determinadas conductas que evidencien una situación de explotación. En concreto, cuando concurra alguna de las dos circunstancias siguientes: que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica o que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas. También se sanciona, aunque de nuevo sin exigir la presencia de un tercero que se lucre con el ejercicio de la prostitución ajena, a quien, "empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución".

Este cambio del legislador se corresponde, en lo que se refiere a la exigencia de una situación de explotación para considerar delictiva la actividad de quien se lucra con el ejercicio de la prostitución ajena, con la propia jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que había

del Código Penal, en el apartado XII de su Exposición de motivos, declara que se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para proceder a una adecuada transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en los delitos de abusos sexuales, explotación sexual de menores y pornografía infantil, "que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales".

47 El art. 188 pasa a sancionar, tras la reforma, a quien se lucre con la prostitución de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines. En el mismo sentido, se tipifica y sanciona igualmente la conducta de quien "solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección". Los delitos de prostitución relativos a víctimas que fuesen persona menor de edad o incapaz se regulaban en la redacción anterior en el art. 187.

exigido unos requisitos más restrictivos que los recogidos expresamente en el propio texto legal, tras la reforma de la LO 11/2003, para la apreciación del delito de proxenetismo. Esta doctrina había concentrado el interés de la esfera penal en la protección de la libertad sexual del sujeto en relación con su autodeterminación, para sancionar únicamente las prácticas que coartasen la capacidad volitiva del mismo.

Esta interpretación confinaba ya el delito, incluso antes de la reforma, en el marco de la prostitución forzada, en el entendimiento de que no debía imponerse la misma pena a actos violentos e intimidatorios que a la obtención de un lucro con la prostitución ajena, con el consentimiento de la persona que ejercía la prostitución. Se parte de la premisa de considerar, precisamente, que ese consentimiento constituye la garantía de su libertad sexual, no solo en caso de ejercicio de la prostitución por cuenta propia, sino también en el supuesto de que se realice bajo la dependencia del poder directivo de un tercero que establece sus condiciones de trabajo.

Ello significa, en la práctica, imposibilitar la persecución penal de la prostitución voluntaria[48], salvo condiciones abusivas de trabajo o de explotación similares a las que se aplican en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores a actividades laborales reglamentadas[49]. Incluso alguna sentencia se refiere expresamente a delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por explotación lucrativa de la inmigración con grave riesgo para sus derechos[50].

---

[48] En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 de abril de 2009 -RJ 2009\3197-, la cuestión de la prostitución voluntaria "afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho" y "no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas".

[49] Referencia expresa al delito de explotación laboral se contiene, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 2006, de 5 de junio de 2006 -RJ 2006\6296-. Previamente la Sala de lo Penal se había enfrentado, en relación con la explotación de inmigrantes irregulares en actividad de prostitución, a delitos contra los derechos de los trabajadores– Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 30 de mayo de 2003 (RJ 2003\2027 y RJ 2003\4390)- y a delitos relativos a la determinación a la prostitución aprovechando la situación de indefensión de la inmigrante ilegal - Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005\7473).

[50] Sentencia del Tribunal Supremo 152/2008, de 8 de abril -RJ 2008\2700-.

Así las cosas, si no se aprecia ilicitud penal, no puede, en principio, alegarse la ilicitud de la causa ni del objeto del contrato, al menos por su carácter delictivo. No obstante, tampoco recoge nuestro ordenamiento interno una especial protección de la prostitución, que permita declarar su licitud. Ello lleva a un importante sector doctrinal a entender que ese vacío legal debe considerarse un supuesto de alegalidad[51]. Desde esta perspectiva, resulta evidente que no se tipifica ni sanciona el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena cuando se lucra un proxeneta, salvo en supuestos de explotación o de limitación de la libertad sexual de la víctima. Ahora bien, eso no significa tampoco que se considere una actividad lícita que pueda ser objeto de una relación contractual. El hecho de que una conducta no constituya un ilícito penal no implica su licitud en el ámbito civil. No es suficiente con proteger la libertad sexual sino también la dignidad y la integridad física y moral de la prostituta[52].

IV. Ilicitud civil y vulneración de derechos constitucionales

Desde otra perspectiva más proteccionista de la persona que ejerce la prostitución, más próxima al modelo abolicionista, ante la posibilidad de incluir la prestación de servicios sexuales como objeto de la relación laboral, los tribunales del orden social invocan también frecuentemente vulneración de derechos fundamentales[53].

En efecto, la doctrina judicial mayoritaria considera que el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena lesiona en la persona que presta los servicios sexuales derechos tan importantes como su dignidad, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, que son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE), así como el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y los derechos fundamentales

---

51 Salas Porras, María, Vila Tierno, Francisco, "El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena", cit., pp. 6.

52 González García, Sergio, "Prostitución y proxenetismo: una cuestión de Estado", cit., pp. 10 s./23.

53 Lousada Arochena, José Fernando, "Prostitución y Trabajo: La Legislación Española", cit., pp. 6 s.

a la integridad física y moral[54] –que impide que puedan ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes– (art. 15 CE), la libertad (art. 17) o el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen[55] (art. 18 CE). Para esta doctrina, la prostitución, en todas sus manifestaciones y no solo en los casos de explotación sexual propiamente dicha –prostitución forzada o abusiva-, lesiona derechos humanos fundamentales al "cosificar" y tratar como meras mercancías los cuerpos de las mujeres.

En la doctrina científica, en cambio, existe un desencuentro irreconciliable entre quienes, desde posiciones abolicionistas, no distinguen entre trabajo sexual y explotación sexual y entienden que el ejercicio de la prostitución, estadísticamente en la mayoría de los supuestos, somete a las personas prestadoras de servicios sexuales a condiciones abusivas y lesiona aquellos derechos humanos y fundamentales –tesis también arraigada en un significativo sector del feminismo radical– y quienes descartan tal vulneración en caso de que la prestación de servicios sexuales retribuidos sea voluntaria, reconociendo la prostitución como una forma de trabajo sexual y distinguiendo así el trabajo sexual de la explotación sexual. A esta última posición parece alinearse el propio Código Penal, tras la reforma de la LO 1/2015, al tipificar únicamente el lucro abusivo o explotador de la prostitución ajena.

Para las tesis abolicionistas, por tanto, la prostitución es en sí misma un negocio ilícito, que no debe legalizarse, ya que priva a quien la ejerce de su condición de persona para pasar a ser objeto de placer mediante el arrendamiento temporal de su cuerpo a cambio de una retribución. Por el componente de género que presenta el ejercicio de la prostitución, últimamente se ha puesto el acento en la vulneración del derecho a la igualdad por razón de sexo, sin olvidar el derecho a la dignidad.

---

[54] También se considera que vulnera el derecho a la integridad física y moral y se sanciona con la nulidad del despido la extinción del vínculo contractual de una trabajadora fundado exclusivamente en su negativa a ejercer la prostitución. En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de marzo de 1996 -AS 1996\646-.

[55] STC 121/2002 (Sala Segunda), de 20 de mayo.

De especial interés resulta en este sentido la Resolución del Parlamento Europeo sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género[56]. No por su eficacia normativa, de la que evidentemente carece. Pero sí por las valoraciones que realiza sobre el ejercicio de la prostitución en términos de violación de la dignidad humana y, en particular, desde una perspectiva de género, sin distinguir entre la prestación de servicios sexuales por cuenta ajena y por cuenta propia y sin que concurran las circunstancias que permitan calificar aquel ejercicio de trata de personas, explotación sexual ni prostitución forzada[57].

La Resolución considera que la prostitución es causa y consecuencia de la desigualdad de género, que contribuye a perpetuar los estereotipos de género mediante la idea de que el cuerpo de las mujeres puede ponerse en venta para satisfacer la demanda masculina de sexo y que tiene un importante impacto en la violencia de género derivada de la imagen degradante que la mujer adquiere precisamente para los usuarios de los servicios sexuales. Enfatiza, en consecuencia, la especial vulnerabilidad de las personas prostituidas.

En consecuencia, respecto de una posible normalización de la prostitución, deduce que despenalizar la industria del sexo en general y legalizar el proxenetismo y el ejercicio de la prostitución como un trabajo sexual legal incidiría en la violencia contra la mujer y en el crecimiento de los mercados de prostitución y de víctimas de abusos. Y, aunque considera que no debe penalizarse a las personas que ejercen la prostitución, afirma que "una manera de luchar contra el tráfico de mujeres […] con fines de explota-

---

[56] Relevancia particular presentan, a estos efectos, los acuerdos 1, 6, 10, 11, 13, 26, 29, 34 y 49. Especialmente significativo es el acuerdo 6, que afirma que la prostitución es "a la vez, causa y consecuencia de la desigualdad de género y de perpetuar los estereotipos de género y el pensamiento estereotipado sobre las mujeres que venden sexo, como la idea de que el cuerpo de las mujeres y mujeres menores de edad está en venta para satisfacer la demanda masculina de sexo".

[57] Valoraciones sin duda alejadas de la doctrina de la STJUE de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jani y otras, que incluyó la prostitución como prestación de servicios en el concepto de actividades económicas por cuenta propia, así como de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2004 -RJ 2004\8063-, que admite la inscripción de una asociación de empresarios con hoteles destinados a actividades de alterne y prostitución por cuenta propia.

ción sexual y de mejorar la igualdad de género es el […] modelo nórdico […], en el que el delito lo constituye la compra de servicios sexuales, no los servicios de las personas que ejercen la prostitución" e insta a los Estados miembros a que evalúen los efectos positivos y negativos de la penalización de la compra de servicios sexuales en la reducción de la prostitución y la trata de personas.

Esta dimensión de género y la consideración de la igualdad entre hombres y mujeres como principio informador del ordenamiento jurídico resulta trascendental y difícilmente eludible para los operadores jurídicos encargados de interpretar y aplicar las normas jurídicas en nuestro ordenamiento interno, a la luz del art. 4 LOIEMH[58].

Con todo, mientras se mantenga una situación que frecuentemente se califica de "alegalidad", por la ausencia de una regulación legal integral en relación con la prostitución, y el legislador no opte por penalizar la compra de servicios sexuales, constituye un acto de cierta hipocresía negar el carácter laboral de la prestación de servicios sexuales por cuenta ajena por ilicitud del objeto y la causa del contrato y admitir, en cambio, la laboralidad de la relación de alterne cuando se complementa con una prestación de servicios sexuales por cuenta propia. Un acto de hipocresía que, además, cuando no se reconoce la relación laboral de alterne, contribuye a agravar la situación de vulnerabilidad y a lesionar los derechos a la dignidad, libertad e igualdad de la persona que ejerce la prostitución. Entre otros motivos, porque la prestación de servicios sexuales por cuenta propia y al margen del ámbito protector del Derecho del Trabajo no garantiza los derechos sociales básicos de los trabajadores asalariados.

Precisamente, las tesis contrarias[59] rechazan la lesión de la dignidad, teniendo en cuenta la configuración de este derecho en la doctrina constitu-

---

[58] Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

[59] Véase, entre otros, Gay Herrero, Sylvia, Sanz, Marian, Otazo, Eñaut, "¿Prostitución=profesión? Una relación a debate", cit., pp. 12-27; Fita Ortega, Fernando, "La prostitución: posible objeto de un contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual", *Revista de Derecho Social*, núm. 47, 2009, pp. 91-107; Maqueda Abreu, María Luisa, "Hacia una justicia de los derechos", *Diario La Ley*, 16 de marzo de 2010.

cional como correlato de la libertad e igualdad[60]. En aplicación de esa doctrina, entienden que la consideración de que el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena vulnera la dignidad de la persona trabajadora responde a una valoración de tipo moral, que no debería imponerse a la voluntad de decisión individual. Esa voluntad no debe ser coartada por el Derecho, especialmente cuando la legitimación de la prostitución ya se reconoce a los empresarios de la industria del sexo.

A juicio de este sector doctrinal, solo deberían realizarse valoraciones contrarias a la dignidad de la persona, atendiendo a las condiciones en las que se ejerce la prostitución. Según esa tesis, la posible ilicitud no debería trasladarse al estatus de toda relación laboral, por el mero hecho de la intervención de un empleador que se lucre con el ejercicio de la prostitución por otra persona. Máxime desde que no se tipifica ya como ilícito penal la obtención de un lucro con la prostitución ajena, salvo en supuestos de explotación -víctima en situación de vulnerabilidad o condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas de ejercicio de la prostitución-. Esta doctrina coincide con la fundamentación de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Consideran, en particular, que la libertad sexual forma parte del libre desarrollo de la personalidad individual y que está implícita en la libertad individual y estrechamente vinculada al derecho a la intimidad personal. También que debe garantizarse, en todo caso y conforme al art. 35 CE, el derecho a la libre elección de profesión u oficio y la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso (art. 4 CEDH).

Y defienden, como vía más adecuada para lograr el respeto a esa libertad, el reconocimiento legal de la prostitución por cuenta ajena y, por tanto, su consideración como objeto lícito del contrato de trabajo. La regulación y tutela de su ejercicio por el ordenamiento laboral contribuiría, en opinión de estos autores, a restituir la dignidad a quienes ejercen voluntariamente y por cuenta ajena la prostitución y favorecería su inclusión social.

---

[60] En concreto, de acuerdo con la STC 192/03, de 27 de octubre, como "derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida ".

Otro sector doctrinal defiende incluso la configuración legal de la prostitución como relación laboral especial[61]. La naturaleza de los servicios a prestar y la necesaria atenuación de la nota de la dependencia, para flexibilizar la sujeción estricta a las órdenes y al poder directivo del empleador, justificaría para estos autores tal configuración.

V. Ilicitud civil y trabajo autónomo

La fórmula del trabajo autónomo para la prestación de servicios sexuales -libre y voluntario, personal, por cuenta propia, independiente y realizado a cambio de una contraprestación económica o precio-, junto con la suscripción del oportuno contrato de arrendamiento civil de servicios con los potenciales clientes son, parece, los mecanismos jurídicos a utilizar para el ejercicio legal de la prostitución.

El trabajo autónomo y por cuenta propia presupone una actividad de carácter independiente, económica y profesionalmente y, por consiguiente, no sometida al poder directivo de organización y control de un empleador. Es el propio trabajador autónomo quien ofrece sus servicios y concierta directamente con sus clientes el correspondiente contrato, sin que ningún tercero ajeno a las partes organice las condiciones de tiempo, lugar, retribución… en que deben prestarse los servicios y sin que el arrendador del servicio ceda a ese tercero los frutos de su trabajo. Obviamente, aunque es esta la fórmula jurídica que se utiliza frecuentemente para la prostitución que se ejerce de modo complementario a la actividad laboral de alterne, parece evidente que, en ese marco, la prestación de servicios sexuales no está exenta, en la mayoría de los casos, de una estricta subordinación a las órdenes e instrucciones de la misma persona que aparece como empleador en la relación laboral de alterne.

---

[61] Entre otros, Gala Durán, Carolina, "Una aproximación, desde la perspectiva jurídico-laboral, a la regulación de la prostitución", *VII Jornadas de Pensamiento Crítico, diciembre de 2007*, (Página Abierta, 191, abril de 2008, http://www.pensamientocritico.org/cargal0408.html) y Fita Ortega, Fernando, "La prostitución: posible objeto de un contrato de trabajo…", cit., p. 107.

El TJUE, en el asunto Jany y otras[62], incluye la prostitución en el concepto de actividad económica por cuenta propia o no asalariada desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea. En el asunto en cuestión, Países Bajos deniega el permiso de residencia a seis ciudadanas polacas y checas que habían trabajado como prostitutas de escaparate en Ámsterdam entre 1993 y 1996 y que solicitan el permiso para trabajar como prostitutas por cuenta propia, en el marco en aquel entonces de los Acuerdos de Asociación entre la CE y las Repúblicas Checa y Polonia, previos a la adhesión de estos Estados a la UE. La prostitución podía considerarse excluida por razones de moralidad de esos Acuerdos.

El TJUE considera, no obstante, que puede constituir una actividad económica legal amparada por la libertad de oficio o profesión siempre que sea voluntaria, autónoma -que no implique una dependencia respecto de terceros que obtengan beneficios con su explotación ni en la elección de la actividad ni en las condiciones de ejecución del trabajo- y se produzca exclusivamente entre personas adultas. En cuanto a la posibilidad de establecer excepciones de orden público a las libertades de prestación de servicios y de establecimiento y a la existencia de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés social fundamental, el TJUE entiende que si la prostitución puede ejercerse lícitamente por sus nacionales en el territorio del Estado de acogida, sin que se adopten medidas represivas efectivas para combatir su ejercicio, no puede calificarse de amenaza real y grave o de inmoral para eludir la aplicación de los Acuerdos. Con todo, corresponde al Estado miembro de acogida controlar si las prostitutas que desean establecerse en su territorio son verdaderamente trabajadoras por cuenta propia.

Son aplicables, pues, a la prostitución las libertades de prestación de servicios y de establecimiento, dos libertades fundamentales para facilitar

---

[62] Véase STJUE de 20 de noviembre de 2001 cit. y un comentario a la misma en Blázquez Rodríguez, Irene, "La libertad de establecimiento en los Acuerdos Europeos: ¿Nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del Este? (A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany e.a.)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, 2002, pp. 943-960.

la movilidad de las personas trabajadoras por cuenta propia en el ámbito de la UE. En este pronunciamiento, el TJUE posibilitó, incluso, su ejercicio antes de la incorporación de los Estados de los que las trabajadoras eran nacionales, sobre la base de los Acuerdos previos de Asociación. La inclusión dentro de la libertad de establecimiento de la explotación de un centro de prostitución ha sido asimismo reconocida en sentencias posteriores[63].

En el ámbito de la jurisdicción nacional, también el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el ejercicio de la prostitución por cuenta propia. En concreto, a los efectos de admitir su licitud para estimar la pretensión de un colectivo de empresarios que solicita la inscripción en el Registro de Asociaciones de "Mesalina" como asociación cuya actividad mercantil consiste en la tenencia de hoteles destinados a actividades de alterne y prostitución por cuenta propia[64].

---

[63] SSTJUE de 1 de octubre de 2015, asuntos C-340 y 341/14, Trijber y Harmsen y, más recientemente, de 8 de mayo de 2019, asunto C-230/18, PI. Esta última en relación con una nacional búlgara, titular de un centro de masajes en Austria, que es cerrado por decisión de la autoridad administrativa sobre la base de la sospecha de que en el mismo se ejerce la prostitución, sin la autorización requerida, sin que la normativa nacional exija que tal decisión se motive fáctica y jurídicamente por escrito y se comunique a su destinatario. Aunque la restricción a la libertad de establecimiento –en particular, la exigencia de autorización- podría considerarse justificada por razones de interés general (prevención de la comisión de delitos de que pueden ser víctimas las personas que ejercen la prostitución y protección de la salud pública), la posibilidad de cierre sobre la base de una mera sospecha y sin alegar motivos que pueda impugnar la persona interesada (a la que, por el contrario, sí se le exige motivación para la solicitud de anulación de la decisión) no puede considerarse, a juicio del tribunal, proporcionada.

[64] Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2004 -RJ 2004\8063-, que ratifica la SAN de 23 de diciembre de 2003 AS -2003\3692-, que admitió la validez de los estatutos de la asociación patronal, en cuyo ámbito funcional se incluye en su art. 3 todo establecimiento hotelero destinado a dispensar "servicios que tengan como público terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia". Véanse comentarios a la sentencia en Sánchez Trigueros, Carmen, "El Tribunal Supremo zanja el caso "Mesalina"", *Aranzadi social*, núm. 21, 2004, base de datos Westlaw BIB\2005\616; Pacheco Zerga, Luz, "La aplicación del Derecho en el caso "Mesalina"", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 16, 2005, base de datos Westlaw BIB 2004\1829; Sempere Navarro, Antonio Vicente, "Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)", *Aranzadi social*, núm. 14, 2008, base de datos Westlaw BIB\2008\2447.

Por lo demás, partiendo de que la prostitución que se ejerce por cuenta propia no tiene la consideración de actividad económica ilícita, se ha defendido en la doctrina la posibilidad o incluso conveniencia de que quienes la ejercen recurran al trabajo asociado como una fórmula jurídica más idónea para conseguir una mayor protección laboral de su ejercicio[65]. Mediante la constitución de cooperativas de trabajo, podrían obtener ayudas, poner sus recursos en común y autogestionar su actividad, mediante la regulación de las condiciones esenciales de ejecución de la prostitución. Podrían, además, obtener una protección social más próxima a la de los trabajadores asalariados, prestando sus servicios, al menos aparentemente, de forma lícita, mediante el ejercicio autónomo y por cuenta propia de la prostitución, sin intermediación ajena.

Con todo, el trabajo autónomo de prostitución debe ser prestado en el marco de un contrato civil de arrendamiento de servicios, por lo que, cuando menos, deberían plantearse las mismas reflexiones en relación a la vulneración de los derechos a la dignidad, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la integridad física y moral, a la libertad o al honor, la intimidad y la propia imagen que para los trabajadores asalariados. Puesto que la prestación de servicios sexuales por cuenta propia se ha considerado lícita por tribunales de distinto ámbito y jurisdicción, se debería entender que es la presencia de un tercero en calidad de empleador la que imprime la ilicitud a la causa y al objeto del contrato.

Los argumentos jurídicos deberían, pues, utilizarse con mayor cuidado en los tribunales, si se pretende entender que el objeto y la causa se consideran lícitos cuando los servicios se prestan por cuenta propia y mediante una relación contractual directa entre el prestador del servicio y el cliente y no, en cambio, cuando un tercero se lucra con la explotación de los servicios sexuales de otra persona. Diferenciación, por lo demás, difícil de fundamentar tras la reforma del Código Penal mediante la LO 1/2015, que solo sanciona el lucro de la prostitución por cuenta ajena cuando concurren

---

[65] Gay Herrero, Sylvia, Sanz, Marian, Otazo, Eñaut, "¿Prostitución=profesión? Una relación a debate", cit., pp. 27.

circunstancias que ponen de manifiesto una situación de vulnerabilidad o explotación hacia quien ejerce la prostitución, pero no en los demás casos.

En caso contrario, parece que la ilicitud debería predicarse más que del carácter laboral de la prestación de servicios sexuales, de su propia naturaleza contractual, sea esta civil o laboral, como consecuencia del ejercicio de la actividad por cuenta propia o por cuenta ajena. En definitiva, ello supondría calificar también de ilícitas las prestaciones de servicios de naturaleza sexual por cuenta propia por su objeto y causa y viciar de nulidad, por tanto, el contrato civil de arrendamiento de servicios concertado con plena autonomía y por cuenta propia con cualquier potencial cliente.

VI. Conclusiones

La prostitución se concibe, en general y tradicionalmente, como una actividad no deseable, pero consolidada y tolerada en muchas etapas históricas por los ordenamientos jurídicos, también en la España actual[66]. Sería fácil poder regularla, cuando se ejercita con respeto a la libertad sexual de quien la práctica y en desarrollo de la libre elección de oficio o profesión –consagrada en los arts. 35 y 38 de la Constitución–, sin degradación de la persona ni menoscabo de su dignidad como trabajadora. En definitiva, si se pudiera hablar más que de la distinción entre prostitución forzada y prostitución libre, de una prostitución ejercida con respeto a los valores propios de un Estado social y democrático de Derecho. Es decir, de una prostitución ejercida libremente como actividad profesional o incluso

---

[66] En el informe *La trata con fines de explotación sexual*, APRAMP, 2011, p. 54, accesible en https://apramp.org/download/la-trata-con-fines-de-explotacion-sexual/ (8-7-2019) se señala que, en el marco de la UE, "España encabeza la lista de países consumidores de prostitución (39%) y representa un valor atípico en Europa". En la p. 47 alude a un Informe de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata, que analiza la demanda con fines sexuales y su relación con la trata de personas y estima que "cada año entre 600.000 y 800.000 personas cruzan las fronteras internacionales como víctimas de trata". Respecto del número de personas que se prostituyen en España, no existen datos fiables, pero según diversas fuentes está entre 300.000 y 600.000. Véase el estudio de Brufao Curiel, Pedro, *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*, cit., p. 11.

como trabajo asalariado, por personas con plena capacidad de obrar para prestar un consentimiento exento de vicios y con respeto escrupuloso a la libertad e igualdad no solo formales sino materiales, reales y efectivas. El papel del Estado en relación con la ordenación de la prostitución no debería entonces plantease en términos de moralidad, sino concibiendo la prostitución como una profesión que merece ser regulada, incluso en el marco de una relación laboral y con una eficaz protección jurídica de la prestación de sus servicios.

Pero lo cierto es que la prostitución no puede desligar su vertiente profesional o laboral de su arraigo como problema social, vinculado fuertemente al fenómeno migratorio y a la vulnerabilidad y riesgo de exclusión social de las personas que la ejercen. La prostitución no es, generalmente, una mera expresión de libertad sexual de la mujer, sino que conecta con frecuencia con la violencia, la marginación, la dificultad económica y el género. Se manifiesta, en muchos casos, como única alternativa posible de subsistencia. En especial, cuando se ejerce por extranjeras que se encuentran en situación irregular. La prostitución es, además, una cuestión estrechamente vinculada con el género, una forma de violencia de género contraria a la igualdad, pilar fundamental de los derechos humanos.

La Constitución española, en sus arts. 1, 9.2 y 14 de la Constitución, consagra la libertad, la justicia y la igualdad como valores superiores de nuestro ordenamiento, obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y reconoce el derecho a la igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otros motivos, por razón de sexo. El art. 10 considera la dignidad de la persona fundamento del orden político y social y los arts. 15 y siguientes recogen derechos fundamentales y libertades públicos, que deben interpretarse de conformidad con las Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España y cuyo contenido esencial debe ser escrupulosamente respetado, incluso por el legislador.

La libertad individual formal no puede hacerse prevalecer en el ejercicio de la prostitución sobre otros derechos humanos y fundamentales con los que entra en colisión, como la dignidad y la igualdad o la propia libertad individual material. La legalización de la prostitución solo ofrecería una solución adecuada a una parte muy minoritaria del colectivo afectado. La mayor parte de ese colectivo no ejerce la prostitución por libre elección, sino compelida, cuando menos, por sus propias circunstancias personales[67]. Y en esos casos difícilmente se puede defender una libertad real, y no meramente formal, de elección de profesión, ni tampoco una libertad de incorporación al mercado de trabajo con plenitud de derechos y garantías. Y mucho menos la libertad e igualdad material real y efectiva, que el art. 9.2 de la Constitución obliga a garantizar a los poderes públicos. Ello dificulta, sin duda, la intervención del legislador y un tratamiento conjunto y uniforme de la prostitución como actividad laboral. Deberían, más bien, facilitarse servicios educativos y de asistencia socio-laboral, jurídica y psicológica a fin de garantizar la integración social de las personas que ejercen la prostitución como único medio de subsistencia y que desean abandonar esa actividad. Se exige, pues, la actuación de los poderes públicos en todos los ámbitos posibles: medidas educativas que fomenten una mayor sensibilidad en materia de género; medidas policiales y de orden público para combatir la explotación y la trata de personas; medidas de formación e intermediación para favorecer la inserción social-laboral de las mujeres víctimas de la prostitución; medidas de protección social; y medidas de política migratoria laboral[68].

Un respeto absoluto a la libertad individual formal en el ámbito de la relación laboral es, incluso, contrario al propio carácter tuitivo del Derecho

---

[67] Aunque el mercado clandestino de la prostitución impide obtener datos reales, parece que la prostitución forzada es muy superior a la que se ejerce libremente y que las redes de explotación controlan no menos del 80 o 90% de la prostitución. Véase Ropero Carrasco, Julia, Ruiloba Alvariño, Julia, "Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas", *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, núm. 25, 2012, p. 89.

[68] Quesada Segura, Rosa, "Por primera vez, la prostitución como objeto del contrato por cuenta ajena…", cit., pp. 363-370.

del Trabajo. Este sector del ordenamiento nace, precisamente, para garantizar al trabajador asalariado, como parte débil del contrato, el respeto de unos derechos y condiciones laborales mínimas en el ámbito de la relación laboral. Si primase de forma absoluta la libertad contractual en todos los ámbitos de la relación laboral, algún desempleado podría estar dispuesto a aceptar voluntariamente condiciones laborales inferiores a las mínimas establecidas ante la tesitura de trabajar o continuar en desempleo -una retribución por debajo del salario mínimo interprofesional, una jornada ordinaria de trabajo superior a la máxima legal o convencional, un período de vacaciones anuales retribuidas inferior al mínimo, la ausencia de protección social…-. Pero, frente a la libertad contractual y a la renunciabilidad de derechos características del Derecho Civil, el Derecho del Trabajo establece unas condiciones mínimas de trabajo, consideradas de derecho necesario, que son indisponibles e irrenunciables para el trabajador. Y como cualquier otro contrato jurídico, exige que el objeto y la causa del contrato sean lícitos.

Además, no debe entenderse que la laboralización de la prestación de servicios sexuales comporta siempre el reconocimiento de derechos a las prostitutas, a través de su protección por el ordenamiento jurídico-laboral, en tanto que el abolicionismo supone en todo caso la negación de esos derechos. La ausencia de regulación expresa es justamente la que causa en la sociedad cierta percepción de alegalidad e hipocresía y de un sistema incompleto y poco efectivo[69]. Un modelo abolicionista legal y coherente exige la intervención del legislador para tratar de erradicar una conducta que se considera degradante y reforzar la posición jurídica de las víctimas de la prostitución. Para que sea efectivo, debe acompañarse de una política preventiva, con medidas sociales de reinserción e incluso de la ordenación de acciones judiciales de daños a favor de las víctimas. Podría seguir el modelo nórdico de erradicación de las diversas formas de prostitución y de protección integral de quien la ejerce, sugerido por el apartado 29 de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014.

---

[69] Lousada Arochena, José Fernando, "Prostitución y Trabajo: La Legislación Española", cit. p. 12 s.

Con todo, en tanto no haya una actuación clara del legislador, desestimar el reconocimiento como objeto lícito de una relación laboral de la prostitución, o al menos del alterne o de una prestación de servicios como masajista, contribuye a incrementar la vulnerabilidad de quien ejerce la prostitución en el marco de redes de explotación. Agudiza la vulneración de los derechos humanos y fundamentales a la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona que ejerce, material y no solo formalmente, la prostitución por cuenta ajena. Muestra de ello son las reivindicaciones de colectivos de prostitutas que defienden su "libertad de elección" y reclaman la regulación legal y laboral de la prostitución[70].

La situación de alegalidad que caracteriza nuestro ordenamiento, con la interpretación de la doctrina judicial social preponderante, conducen, como única vía de escape para ofrecer una cierta regularización del trabajo asalariado y la correspondiente protección de la trabajadora, a la ficción de considerar existente una relación laboral de alterne. Solución que no parece la más rigurosa desde el punto de vista jurídico, al no pronunciarse los tribunales laborales, por considerarse al margen de la relación de trabajo asalariado, sobre la prestación de servicios sexuales por cuenta propia, vinculados en muchas ocasiones claramente a la relación de alterne.

Es cierto que también en relación con la prestación de servicios sexuales concurren habitualmente los presupuestos configuradores de la relación laboral, por más que por su ilicitud no puedan considerarse objeto de una relación laboral. Desde un punto de vista jurídico estricto, esos servicios sexuales tampoco deberían considerarse objeto lícito de un arrendamiento de servicios civil. Pues concurre la misma vulneración de derechos humanos y fundamentales en quien la ejerce, con la idéntica salvedad de que pudiera acreditarse que la actividad se realiza con respeto a la libertad e igualdad no solo formal sino también material de quien presta el servicio. Con todo, excede de la competencia de la jurisdicción social pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del contrato de arrendamiento de servicios civil que pueda celebrarse entre la trabajadora autónoma del sexo y sus potenciales clientes.

---

[70] Ropero Carrasco, Julia, Ruiloba Alvariño, Julia, "Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas", cit., p. 89.

La relación laboral de alterne confiere en el mejor de los casos a las prostitutas el estatus de trabajadoras asalariadas en actividades como la hostelería o los clubes de alterne y oculta o disfraza frecuentemente como trabajo autónomo una prestación de servicios de prostitución, que queda al margen de la economía formal. El problema se agrava porque la prestación de servicios de alterne y prostitución se realiza muchas veces en condiciones de total dependencia al poder directivo del empleador. Circunstancias que, desde luego, impiden su calificación como ejercicio libre de una profesión, con respeto a los derechos humanos y fundamentales de la trabajadora. Más bien, todo lo contrario. Esta relación laboral anómala contribuye a mantener un mercado clandestino caracterizado por la irregularidad, la precariedad y la vulnerabilidad de las mujeres que ejercen la actividad de la prostitución en el marco de redes transnacionales de delincuencia organizada.

Bibliografía

AGUILAR BARRIGA, Encarnación, "Prostitución : impugnación del sindicato de "trabajadoras sexuales", denominado bajo las siglas OTRAS", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 52, 2019.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, "Prostitución y Derecho del Trabajo ¿auténtica relación laboral?", *Aranzadi* Social, núm. 17, 2008, base de datos Westlaw BIB 2008\2878.

BARAHONA GOMARIZ, María José, "Prostitución, abolicionismo y trabajo social. Las actitudes de los y las profesionales de la Comunidad de Madrid", Tesis accesible en https://eprints.ucm.es/36978/1/T37008.pdf (12-2-2020).

BENLLOCH SANZ, Pablo, "¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de "alterne"", *Aranzadi* Social, núm. 17, 2003, base de datos Westlaw BIB 2003\1493.

BENLLOCH SANZ, Pablo, "La laboralidad de las actividades de alterne y prostitución: un debate abierto", *Aranzadi* Social, núm. 7, 2008, base de datos Westlaw BIB 2008\1321.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene, "La libertad de establecimiento en los Acuerdos Europeos: ¿Nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del Este? (A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany e.a.)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, 2002.

BONILLA, Ana, "Actividad de alterne y carácter laboral de la relación. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de diciembre de 2003", *Aequalitas*, núm. 14, 2004.

BRUFAO CURIEL, Pedro, *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*, Fundación Alternativas, 2008.

CARUSO FONTÁN, Viviana, "Sobre la criminalización de las actividades relacionadas con la prostitución consentida", Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 25, 2011.

DE LA VILLA DE LA SERNA, Diego, "Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres. Comentario a la doctrina judicial sobre el "alterne"", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2004.

DÍAZ AZNARTE, María Teresa, "La libre prestación de servicios sexuales en el ordenamiento jurídico-laboral español. El desencuentro entre la realidad y el Derecho", *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6, 2015.

FITA ORTEGA, Fernando, "La prostitución: posible objeto de un contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual", *Revista de Derecho Social*, núm. 47, 2009.

———"Acerca de la nulidad del trabajo sexual como ámbito funcional de un sindicato. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2018, Recurso nº. 258/2018", *La Ley*, núm. 1034, 2019.

GAY HERRERO, Sylvia, SANZ, Marian, OTAZO, Eñaut, "¿Prostitución=profesión? Una relación a debate", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 13, 2003.

GALA DURÁN, Carolina, "Una aproximación, desde la perspectiva jurídico-laboral, a la regulación de la prostitución", *VII Jornadas de Pensamiento Crítico, diciembre de 2007* (Página Abierta, 191, abril de 2008, http://www.pensa-

mientocritico.org/cargal0408.html).

GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, "Prostitución y proxenetismo: una cuestión de Estado", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2019.

GUEREÑA, Joan-Louis, "Los orígenes de la reglamentación de la prostitución en la España contemporánea. De la propuesta de cabarrús (1792) al Reglamento de Madrid (1847)", *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus*, núm. 15, 1995.

LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, "Migraciones y trabajo invisible tienen nombre de mujer", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando, "Prostitución y Trabajo: La Legislación Española", *Congreso Internacional Explotación Sexual y tráfico de mujeres*, 26-28 de octubre de 2005, AFESIP, accesible en http://pmayobre.webs.uvigo.es/pop/archi/profesorado/teresa_conde/prostitucion.pdf.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, "Hacia una justicia de los derechos", *Diario La Ley*, 16 de marzo de 2010.

MENESES FALCÓN, Carmen, UROZ OLIVARES, Jorge y RÚA VIEITES, Antonio, *Apoyando a las víctimas de trata. Las necesidades de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual desde la perspectiva de las entidades especializadas y profesionales involucrados. Propuesta para la sensibilización contra la trata*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad, 2016, disponible en http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/Apoyando_Victimas_Trata.pdf (13-2-2020).

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "El concepto-tipo jurídico-material de trabajador a efectos de la libertad sindical: razones normativas de las «trabajadoras del sexo» para su disfrute", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019, base de datos Westlaw BIB 2019\1561.

PACHECO ZERGA, Luz, "La aplicación del Derecho en el caso "Mesalina"", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 16, 2005, base de datos Westlaw BIB 2004\1829.

PEMÁN GAVÍN, Juan, "El debate sobre la legalización de la prostitución en España. (A propósito del Informe de la Ponencia constituida al efecto en las Cortes Generales)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136, 2007, base de datos Westlaw BIB 2007\2010.

PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, "Comentario de la sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 19/11/2018", accesible en https://drive.google.com/file/d/1TLZT0qsgSJdmYEdK3uP5O6u0L9H9gnR3/view.

QUESADA SEGURA, Rosa, "Por primera vez, la prostitución como objeto del contrato por cuenta ajena. Interpretación judicial de la protección de la igualdad de género", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, 2015.

RAE, Diccionario de la Lengua Española, http://dle.rae.es/?id=UQxO9nC.

RIVAS ARJONA, Mercedes, "II República española y prostitución: el camino hacia la aprobación del Decreto abolicionista de 1935", *ARENAL*, núm. 20-2, 2013.

ROPERO CARRASCO, Julia, RUILOBA ALVARIÑO, Julia, "Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas", *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, núm. 25, 2012.

SALAS PORRAS, María, VILA TIERNO, Francisco. "El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena", http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, "El Tribunal Supremo zanja el caso "Mesalina"", *Aranzadi social*, núm. 21, 2004, base de datos Westlaw BIB\2005\616.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, "Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)", *Aranzadi social*, núm. 14, 2008, base de datos Westlaw BIB\2008\2447.

SOBRINO GARCÉS, Cristina, "Prostitución callejera y regulación jurídica española. Estado de la cuestión", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2018.

EL ANÁLISIS DE CASOS EN LAS RELACIONES ENTRE MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS. DOS EXPERIENCIAS: EL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN Y LA MAESTRÍA EN DERECHO ESTADOUNIDENSE DEL IIJ-INCAM

Oscar Cruz Barney*

I. Introducción

En México y en general en Iberoamérica se ha discutido desde la década de los años 60 del siglo XX la conveniencia de introducir cambios importantes en la metodología de la enseñanza del derecho.[1] Durante la segunda conferencia latinoamericana de facultades de derecho celebrada en Lima, Perú en 1961 se llegó a la conclusión de que la docencia debía ser activa, conciliando la teoría y la práctica, entendiendo por tal la enseñanza orientada a la solución de casos prácticos y problemas.[2]

Sin embargo, la enseñanza del derecho en México sigue siendo predominantemente de cátedra magistral lo que ha inhibido la utilización de metodologías más activas como lo son el método del caso y el método de problemas. En México hay varios ejemplos de enseñanza del derecho con una tendencia hacia el método del caso (CIDE, UP, INCAM-IIJ).

Se ha señalado que la creación del llamado método del caso para la enseñanza del derecho fue creado en la Universidad de Harvard por el profesor Christopher Columbis Langdell en 1870 bajo la convicción de que la mejor forma de enseñar el derecho es estudiar las sentencias a través de un razonamiento inductivo.[3] La metodología de Langdell se

---

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

1 Serna de la Garza, José María, "El método de casos: reflexiones sobre el cambio de la metodología en la enseñanza del derecho en México", en *Metodología del derecho comparado; Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pág. 153.

2 *Idem*.

3 Véase Sosa y Silva García, Yolanda, *et. al.*, "La enseñanza del derecho a través del estudio de casos", en *Alegatos*, México, Núm. 79, Septiembre-Diciembre, 2011,

basó en la sustitución del libro de texto por el libro de casos y la sustitución de la cátedra magistral por el método socrático en las clases, lo que altera notablemente la dinámica de clases.[4] La idea es que el profesor guíe al estudiante en la comprensión de los conceptos y principios jurídicos que pueden derivarse de la lectura de los casos y resoluciones.

"En su acepción más estricta, el caso se comienza a utilizar en la Universidad de Harvard, en el programa de Derecho, hacia 1914. El "Case System" pretendía que los alumnos de Leyes buscaran la solución a una historia concreta y la defendieran. Pero es hacia 1935 cuando el método cristaliza en su estructura definitiva y se extiende, como metodología docente, a otros campos. Se perfecciona, además, con la asimilación del Role-Play y del Socio-drama."[5]

En este sentido, el libro de casos se convierte en una condición necesaria que posibilita la enseñanza con este método.

Se destaca asimismo que el método del caso se caracteriza por:

1. Ser Interactivo y sumamente dinámico.
2. Estar centrado fundamentalmente en el alumno.
3. El caso de basa en una situación real.
4. El profesor actúa como facilitador del proceso y orientador de la discusión.
5. Es un enlace entre la teoría y la práctica.

Es claro que el alumno debe contar con una sólida base teórica que le permita trabajar con el caso y aplicar sus conocimientos a una situación real.

Se entiende que para el desarrollo de este método los docentes redactan sus casos, basándose en su experiencia profesional o en las de sus colegas, o bien se apoyan en sentencias judiciales.[6]

---

pág. 829.

4 Serna de la Garza, José María, "El método de casos:...", pág. 155.

5 Valdivia Reynoso, José P., "Enseñanza- aprendizaje del derecho mediante el método y la escritura de casos", en *Legis.pe,* http://legis.pe/ensenanza-aprendizaje-derecho-metodo-escritura-casos/

6 Sosa y Silva García, Yolanda, *et. al.*, *op. cit.,* pág. 829.

Se justifica la utilización del método del caso al considerar que "es de gran ayuda para formar en los estudiantes el juicio profesional que requerirán al dejar las aulas." Se afirma que el método permite al egresado usar el conocimiento para identificar y resolver los problemas conociendo las implicaciones de las decisiones que tomen y teniendo la actitud necesaria para promover valores como el bien común, la justicia, la solidaridad y el compromiso comunitario, entre otros. "Todo ello es posible desarrollarlo en el aula con este método, debido a que en su naturaleza se encuentra el enfrentar al estudiante con la realidad."[7]

"El caso no proporciona soluciones sino datos concretos para reflexionar, analizar y discutir en grupo las posibles salidas que se pueden encontrar a cierto conflicto. No ofrece las soluciones al estudiante, sino que le entrena para generar soluciones."[8]

En México se ha planteado el enriquecimiento del método de enseñanza por cátedra magistral con la aplicación del método del caso en ciertas áreas.

La aplicación del método del caso en la enseñanza del derecho de tradición romano germánica presenta por otra parte problemas importantes: ya lo señala Paula Castaños Castro, refiriéndose a la Universidad de Málaga[9]:

> *En realidad, el método del caso, tal y como se planteó en su origen y ha sido utilizado por Universidades de otros países, no podrá ser utilizado por la nuestra. Básicamente porque nuestro sistema jurídico presenta notables diferencias con el sistema anglosajón. Nuestro sistema tiene su origen en el estudio de nuestro Derecho positivo, y no de nuestra Jurisprudencia (que no Derecho judicial). Nuestros Jueces no crean Derecho, solamente lo interpretan.*
>
> *Esto quiere decir que nuestros alumnos deben conocer en primer lugar nuestro Derecho*

---

7 Valdivia Reynoso, José P., "Enseñanza..."

8 *Idem*.

9 Castaños Castro, Paula, "El Método del Caso aplicado a las Ciencias Jurídicas", en https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/8777/El%20m%C3%A9todo%20del%20caso%20en%20ciencias%20jur%C3%ADdicas.pdf?sequence=2

positivo y la doctrina que sobre el mismo se ha vertido a lo largo de los años. Pero también deben conocer las respuestas que nuestros Jueces y Tribunales vierten sobre los casos concretos que se les van planteando.

Destaca sin duda la importancia de la oratoria, antigua elocuencia forense en la formación del jurista.

II. Dos experiencias: el capítulo xix del tlcan y la maestría en derecho estadounidense del iij-incam

1. El capítulo xix del tlcan[10]

A partir de 1985 la apertura comercial buscaba corregir las distorsiones económicas generadas por la estrategia de sustitución de importaciones. Se buscó afianzar el ingreso de inversiones al país estrechando las relaciones económicas con Estados Unidos, de ahí el inicio en su momento, de las negociaciones para la suscripción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)[11] y que, con el antecedente del Tratado celebrado con la República de Chile que entró en vigor en enero de 1992[12], llevarían a negociar tratados con Costa Rica[13], Vene-

---

[10] Sobre el Capítulo XIX del TLCAN véase Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y Antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 2ª ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2007.*

[11] Entró en vigor el 1 de enero de 1994.

[12] Posteriormente se negociaría un Tratado de Libre Comercio con dicho país, firmado el 17 de abril de 1998, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de julio del 1999.

[13] Entró en vigor el 1 de enero de 1995.

zuela y Colombia[14], Bolivia[15], Nicaragua[16], la Unión Europea[17], Israel[18], Honduras, El Salvador y Guatemala[19], Uruguay[20], el Acuerdo Europeo de Libre Comercio[21], Japón[22], el Acuerdo de Integración Comercial con Perú.[23]

A lo anterior, se negociaron acuerdos de alcance parcial de complementación económica con Argentina y Brasil[24]. En el mes de julio de 2002 se suscribió el *Acuerdo de Complementación Económica* 54, que establece el compromiso de establecer una zona de libre comercio entre México y el Mercosur. Actualmente está en vigor el ACE–55[25] México – Mercosur (Sector Automotor) con un Primer protocolo adicional al Apéndice 1 del ACE 55 (México – Argentina).

En una carta dirigida a Charles E. Schumer líder del partido demócrata en el Senado de los Estados Unidos fechada el 18 de mayo de 2017, finalmente el United States Trade Representative, Robert E. Lighthizer notificó al Congreso de aquel país la intención del titular del Ejecutivo estadounidense de iniciar negociaciones comerciales con

---

14 Entró en vigor el 1 de enero de 1995.

15 Entró en vigor el 1 enero de 1995. Posteriormente se negociaría el Acuerdo de Complementación Económica México-Bolivia No. 66 que entró en vigor el 07 de junio de 2010.

16 Entró en vigor el 1 de junio de 1998.

17 Entró en vigor el 1 de julio de 2000.

18 Entró en vigor el 1 de julio de 2000. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio del 2000.

19 Entró en vigor el 1 de enero de 2001.

20 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de julio del 2004.

21 Entró en vigor el 1 de julio de 2001. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de junio del 2001.

22 Entró en vigor el 1 de abril de 2005.

23 Entró en vigor el 01 de febrero de 2012.

24 Se trata del ACE–53 México–Brasil en vigor a partir del 2 de mayo de 2003. Tiene un Primer Protocolo Adicional (Solución de Controversias, que no ha entrado en vigor) y un Segundo Protocolo Adicional (Certificado de origen- cupos).

25 Vigente a partir del 1 de enero de 2003.

Canadá y México relativas a la "modernización" del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.[26]

Lo anterior conforme a la sección 105(a)(1)(A) de la *Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act* de 2015 y a las facultades que le fueron delegadas por el titular del Ejecutivo.

De acuerdo con la obligación legal correspondiente se comprometió a consultar de manera cercana con el Congreso (como es su obligación legal) el desarrollo de las posturas negociadoras a fin de asegurar que sean consistentes con las prioridades del Congreso y sus objetivos señalados en la sección 102 de la citada *Trade Priorities and Accountability Act*.

Conforme a la carta, la idea era iniciar las negociaciones tan pronto sea posible, pero no antes de los próximos 90 días. La idea, conforme a la carta, es mejorar los salarios de los trabajadores estadounidenses e impulsar a la economía de aquel país y sus oportunidades conforme al TLCAN.

En la carta se hace hincapié en que el TLCAN se negoció hace 25 años y el entorno economico ha cambiado considerablemente, muchos capítulos del Tratado se han quedado rezagados ante el desarrollo económico y de negocios. Por ejemplo:

- El comercio por vías electrónicas,
- Los derechos de propiedad intelectual
- Las prácticas regulatorias
- Las empresas de Estado,
- Los servicios,
- Los procedimientos aduanales,
- Las medidas sanitarias y fitoranitarias,
- Disposiciones laborales y
- Medioambiente,

---

[26] Sobre el proceso de modernización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte véase Cruz Barney, Oscar, La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

De manera destacable debemos resaltar que en ese momento no se incluyó la pretensión de eliminar el Capítulo XIX del Tratado.

Concluye el texto de la carta señalando que el negociador comercial estadounidense está comprometido en concluir las negociaciones en tiempo y con resultados sustantivos para los consumidores, agricultores, rancheros y trabajadores de los Estados Unidos.

El 17 de julio de 2017 se plantearon los siguientes objetivos específicos de la modernización o renegociación por parte de los Estados Unidos, si bien todavía con un grado de ambiguedad importante:[27]Comercio de bienes. Actual Capítulo III del TLCAN.

1. Medidas sanitarias y fitosanitarias (SPS). Actual Capítulo VII del TLCAN
2. Aduanas, facilitación del comercio y reglas de origen. Actual Capítulo V del TLCAN
3. Obstáculos técnicos al comercio (OTC). Actual Capítulo IX del TLCAN
4. Buenas prácticas regulatorias.
5. Comercio de Servicios, Incluyendo Telecomunicaciones y Servicios Financieros. Actual Capítulos XII, XIII y XIV del TLCAN
6. Comercio digital de bienes y servicios y flujos de datos transfronterizos. No incluido en el TLCAN.
7. Inversión. Actual Capítulo XI del TLCAN.
8. Propiedad intelectual. Actual Capítulo XVII del TLCAN
9. Transparencia. No incluido en el TLCAN.
10. Empresas de Estado y bajo el Control del Estado. Actual Capítulo XV del TLCAN.
11. Política de competencia. Actual Capítulo XV del TLCAN.
12. Materia Laboral. Actual Acuerdo de Cooperación Laboral paralelo al TLCAN.
13. Ambiente. Actual Acuerdo de Cooperaciñon Ambiental paralelo al TLCAN.
14. Combate a la corrupción. No incluido en el TLCAN.

---

[27] https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf

15. Remedios comerciales. Actual Capítulos III y XIX del TLCAN.
16. Compras de Gobierno. Actual Capítulo X del TLCAN.
17. Pequeñas y medianas empresas. No incluído en el TLCAN.
18. Energía. Actual Capítulo VI del TLCAN.
19. Solución de controversias. Actual Capítulo XX del TLCAN.
20. Disposiciones generales. Actual Capítulo XXII del TLCAN.
21. Tipos de Cambio. No incluido en el TLCAN.

La Ministra de Relaciones Exteriores de Canadá Chrystia Freeland planteó la posición del país en la modernización del TLCAN.[28] Canadá apunta a:

En primer lugar modernizar el TLCAN pues las economías global, norteamericana y canadiense se han transformado en ese momento gracias a la revolución tecnológica. El TLCAN debe garantizar un sector tecnológico internacionalmente competitivo y que todos los sectores de la economía canadiense puedan cosechar todos los beneficios de la revolución digital.

En segundo lugar, un TLCAN progresivo conforme al modelo del acuerdo con la Unión Europea (CETA). En particular, se busca:

- Incorporar fuertes salvaguardias laborales en el núcleo del acuerdo;
- Integrar disposiciones ambientales mejoradas para garantizar que ningún país del TLCAN debilite la protección ambiental para atraer inversiones
- Agregar un nuevo capítulo sobre los derechos de género, de acuerdo con el compromiso canadiense con la igualdad de género;
- En línea con el compromiso canadiense de mejorar su relación con los pueblos indígenas, agregar un capítulo indígena; y reformar el proceso de Solución de Controversias entre los Inversores y los Estados, para garantizar el derecho de los gobiernos para regular en aras del interés público.

---

[28] http://www.cbc.ca/news/politics/nafta-canada-demands-list-1.4246498. El texto del comunicado en https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2017/08/address_by_foreignaffairsministeronthemodernizationofthenorthame.html

Canadá busca un mercado más libre para la contratación pública, un logro significativo en CETA. Las disposiciones de contenido local para los principales contratos del gobierno son comida basura política, superficialmente apetecible, pero insalubre a largo plazo. La liberalización de las adquisiciones puede ir de la mano de una mayor armonización regulatoria.

Asimismo, se pretende facilitar el movimiento de profesionales modernizando el Capítulo XVI del TLCAN ampliándolo para reflejar las necesidades negocios. Aquí nuevamente, Canadá considera que el CETA proporciona un modelo.

Los puntos canadienses se refieren en síntesis a:

1. Materia laboral.
2. Medio ambiente.
3. Derechos de género.
4. Derechos indígenas.
5. Mecanismo de solución de controversias inversionista-estado.
6. Expandir adquisiciones.
7. Movimiento más libre de profesionales.
8. Proteger el sistema de gestión de suministros de Canadá para productos lácteos y aves de corral.
9. Proteger las empresas culturales.
10. Mantener el Capítulo XIX.

A) La posible eliminación del capítulo XIX

Las resoluciones del Capítulo XIX han sido en diversos sentidos y han permitido un encuentro y comunicación entre los dos sistemas jurídicos. En unas ocasiones han resultado favorables a las autoridades nacionales de Canadá, Estados Unidos y México, y en otras a los particulares de los tres países que han solicitado su integración.

Los usuarios del sistema mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional han acudido en múltiples ocasiones

al mecanismo contemplado en el artículo 1904 del TLCAN desde su entrada en vigor obteniendo resultados de diversa índole, pero siempre positivos para la relación comercial, no debemos cerrar esa puerta a los exportadores de los países parte del Tratado.

El Capítulo XIX fue el último capítulo en negociarse en el TLCAN y su inclusión representó un logro fundamental de México y de su sector privado en el Tratado. Es un mecanismo que está al alcance de los particulares interesados y que ofrece una opción única de revisión imparcial, objetiva, internacional y de naturaleza arbitral de las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales en materia de prácticas desleales de comercio internacional. Considero que el Gobierno de México debe defender, fortalecer y mantener el mecanismo dentro del TLCAN, de lo contrario los exportadores de los tres países perderán una opción única para dar seguridad a sus exportaciones y sus mercados.

Sin el Capítulo XIX las opciones disponibles se reducirían notablemente: serían los mecanismos de revisión interna que tenga cada país, que en el caso de México son el recurso contenido de la Ley de Comercio Exterior, el Juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y el Juicio de Amparo; así como en su caso, a nivel internacional, acudir al mecanismo de solución de controversias de la OMC, con una diferencia fundamental y diría crucial respecto del mecanismo del Capítulo XIX: acudir ante la OMC no depende de los particulares ni se les permite llevar el caso y defenderlo, sino que es una función de competencia exclusiva de los gobiernos de los países miembros.

No olvidemos que fue el gran logro del sector privado mexicano de la mano con el Gobierno de México y sus negociadores. Gracias a dicho Capítulo los exportadores de los tres países gozan de una mayor seguridad jurídica en sus operaciones comerciales.

El Capítulo XIX garantiza la imparcialidad y la capacidad que puede ofrecer un mecanismo arbitral internacional, objetivo e independiente. Eso le interesa y le conviene a todas las Partes del TLCAN. No olvidemos lo dicho en su momento por la Cámara de Senadores en su dictamen sobre el TLCAN, al tratar el tema del Capítulo XIX, quien

señaló que "Las disposiciones del capítulo XIX del Tratado contribuirán a sentar las bases de un mercado libre de prácticas nocivas para el comercio entre las tres naciones... contribuirá a proteger la estabilidad de la producción nacional al establecerse vías adecuadas para dirimir las controversias que se presenten, entre ellas lo que se refiere a combatir el comercio desleal." (Senado de la República, *Dictamen sobre el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y Acuerdos Complementarios -laboral y ambiental-*, México, Senado de la República, LV Legislatura, 1994, págs. 181-182)

Aspecto fundamental de la negociación del TLCAN fue el asegurar que los exportadores no quedasen sujetos a la aplicación de medidas de defensa contra prácticas desleales de comercio que fuesen injustificadas por parte de los socios comerciales, de ahí su importancia. La petición de eliminar el Capítulo no da razón o argumento alguno para ello. Los mecanismos contenidos en el Capítulo XIX requieren sí de algunas mejoras y ajustes, pero lejos de desaparecerlo (lo que sería totalmente contraproducente), los mecanismos y el Secretariado de los Tratados de Libre Comercio (y las secciones nacionales respectivas) deben recibir un mucho mayor apoyo material y logístico por parte de los Gobiernos de los países Parte del TLCAN, deben resolverse los problemas de tardanza en la integración de los paneles arbitrales, hay que dejar en claro que deben ser abogados los que representen a las partes en los procedimientos ante los paneles, debe resolverse el tema de la exclusión de foros entre un Panel del artículo 1904 del TLCAN y el sistema de solución de controversias de la OMC, y otros más.

Los paneles del artículo 1904 del TLCAN representan una oportunidad inigualable para que las culturas jurídicas de los países socios se difundan y sean mayormente conocidas por los participantes.

En conclusión, como usuario del sistema de solución de controversias del Capítulo XIX del TLCAN, puedo señalar y estoy cierto en que debemos defender, mejorar, fortalecer y preservar el Capítulo XIX del TLCAN, un mecanismo único en su tipo, benéfico para los exportadores de los tres países Parte del Tratado y benéfico para la buena relación e intercambio comercial regional que le ha dado a los tres países una experiencia única y sumamente positiva.

B) La experiencia del Capítulo XIX

Existen al día de hoy 212 registros de casos del Capítulo XIX incluyendo los planteados por su antecesor el Capítulo 18 del ALC CAN-EUA.

Entre México y Canadá se han presentado 6 casos.

Entre México y Estados Unidos 76 casos, 20 contra resoluciones mexicanas y 56 contra resoluciones estadounidenses.

Entre Canadá y Estados Unidos 130 casos.

La utilidad y conveniencia del Capítulo XIX es clara, desde luego la operación del mismo es mejorable y debe mejorarse, mas no desaparecer.

Hasta este momento se han llevado a cabo siete rondas de modernización del TLCAN.

2. La Maestría en Derecho Estadounidense del IIJ-INCAM

La Maestría en Derecho Estadounidense se ofrece por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. El contenido de la misma es equivalente al del *Juris Doctor* que se estudia en los Estados Unidos, con la metodología y normas de dicho país.

La Maestría se enseña con el estudio de casos dentro del Common Law y su discusión a la luz de la doctrina estadounidense, contrastándola con la legislación y la doctrina mexicana.

El programa cubre las siguientes materias:

Primer Semestre

1.1. Historia del Ordenamiento Jurídico Angloamericano
1.2. Derecho Estadounidense de Obligaciones Contractuales I
1.3 Derecho Estadounidense de Obligaciones Extra Contractuales
1.4 Derecho Estadounidense de Cosas I

Segundo Semestre

2.1 Metodología y Redacción del Sistema Jurídico Angloamericano
2.2 Derecho Estadunidense de Obligaciones Contractuales II
2.3 Derecho Societario Estadounidense
2.4 Derecho Estadounidense de Cosas II

Tercer Semestre

3.1 Procedimiento Civil Estadounidense
3.2 Derecho Constitucional Estadounidense
3.3 Derecho Administrativo Estadounidense
3.4 Derecho Comercial Estadounidense

Cuarto Semestre

4.1 Derecho de Prueba Estadounidense
4.2 Normas Deontológicas Estadounidenses para el Ejercicio de la Abogacía
4.3 Derecho Penal Estadounidense
4.4 Derecho de Extranjería Estadounidense y NAFTA

Los requisitos para cursar la maestría son el ser egresado de la licenciatura en derecho o carreras afines y un nivel de dominio del inglés intermedio-alto, (mínimo 550 pts. TOEFL).

En el marco de la Maestría se abrió una colección de textos sobre Derecho de los Estados Unidos de América y se han publicado los siguientes libros de casos:

- Granado, Juan Javier del y Marín G., Juan Carlos, *Coaut. Responsabilidad civil extracontractual en Estados Unidos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Colección Derecho de Estados Unidos de América del Norte, Núm. 1, 2012.
- Cruz Barney, Oscar y Granado, Juan Javier del, *Coaut., Obligaciones contractuales en Estados Unidos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Colección Derecho de Estados Unidos de América del Norte, Núm. 2, 2014.
- Granado, Juan Javier y Menabrito Paz, Jorge, *Derecho de Cosas en Estados Unidos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Colección Derecho de Estados Unidos de América del Norte, Núm. 3, 2015.
- Granado, Juan Javier, *Derecho Comercial en Estados Unidos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Colección Derecho de Estados Unidos de América del Norte, Núm. 4, 2015.

Bibliografía

Castaños Castro, Paula, "El Método del Caso aplicado a las Ciencias Jurídicas", en https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/8777/El%20m%C3%A9todo%20del%20caso%20en%20ciencias%20jur%C3%ADdicas.pdf?sequence=2

Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y Antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, 2ª ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2007.

———, *La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

Serna de la Garza, José María, "El método de casos: reflexiones sobre el cambio de la metodología en la enseñanza del derecho en México", en *Metodología del derecho comparado; Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

Sosa y Silva García, Yolanda, *et. al.*, "La enseñanza del derecho a través del estudio de casos", en *Alegatos*, México, Núm. 79, Septiembre-Diciembre, 2011.

Valdivia Reynoso, José P., "Enseñanza- aprendizaje del derecho mediante el método y la escritura de casos", en *Legis.pe*, http://legis.pe/ensenanza-aprendizaje-derecho-metodo-escritura-casos/

Sitios de internet

https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf

http://www.cbc.ca/news/politics/nafta-canada-demands-list-1.4246498.

https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2017/08/address_by_foreignaffairsministeronthemodernizationofthenorthame.html

PANDEMIAS Y EPIDEMIAS: LA IMPORTANCIA DE LA SALUD EN EL DESARROLLO DE LAS NACIONES

Javier Diez García*

I. Introducción

La salud ha sido, históricamente, un factor absolutamente esencial en la vida y desarrollo de las diferentes naciones, pues baste recordar que existen estudios y opiniones que apuntan a que las enfermedades desempeñaron un papel fundamental en la consecución de la conquista de América, haciendo alusión así, por ejemplo, al hecho de que las enfermedades diezmaron la población de las tierras descubiertas hasta el punto de facilitar enormemente la posibilidad de toma de los territorios americanos. En este sentido, el doctor Agustín Muñoz Sanz, médico del Hospital Infanta Cristina de Badajoz (España), señala que *"la viruela y el sarampión fueron perfectos aliados […] en el éxito de la conquista española"*, al mismo tiempo que también indica que *"los ingleses y los holandeses causaron estragos entre los nativos de la costa este americana infectándolos y matándolos con mantas contaminadas con el virus de la viruela"*[1]. En este mismo sentido, se pronuncian otras voces como la de Carrillo Trueba, quien manifiesta que *"la epidemia de viruela no sólo mató a grandes cantidades en los imperios indígenas sino que afectó también a sus estructuras de poder al derribar a sus dirigentes e interrumpir los procesos mediante los cuales se reemplazaban normalmente"*[2].

---

* Doctor en Derecho por la Universidad de León (España), investigador y profesor en el área de Litigación y Estrategias de Defensa en Juicios Orales, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Contacto: dr.javier.diez@outlook.com.

1 Artículo *"La viruela y el sarampión fueron perfectos aliados en el éxito de conquista española de América"*, publicado la Agencia SINC, el 24/10/2012. Disponible en https://www.agenciasinc.es/Entrevistas/La-viruela-y-el-sarampion-fueron-perfectos-aliados-en-el-exito-de-conquista-espanola-de-America. Consultado el 28/04/2020.

2 Carrillo Trueba, César, "La conquista biológica de América", *Ciencias* núm. 23, julio-septiembre, UNAM, México, 1991, pp. 42-58

La incidencia de las enfermedades en la colectividad es tal que puede llegar, por tanto, a desestabilizar enormemente los sistemas políticos, económicos y sociales de una nación o, como señala Diomedi Pacheco, a ejercer un efecto *"aniquilante y devastador […] sobre vastos dominios como fueron el imperio azteca y el incaico de ese entonces"*[3]

Además de la viruela o el sarampión que azotaron fuertemente las estructuras establecidas en el continente americano a partir de la llegada de los descubridores y colonizadores del Viejo Mundo, no se debe olvidar que años antes, la pandemia de Peste Negra que tuvo lugar en la Europa de la Edad Media supuso una afectación súbita y muy brusca en la población, cambiando la vida social presente hasta ese entonces en la que, como señala Sánchez-David, *"los habitantes de los poblados prosperaban, la vida era bastante aceptable y las artes florecían"*[4], de tal modo que la Peste Negra modificó ese escenario de ventura para transformarlo en una nueva realidad en la que *"las ciudades se despoblaron, se perdieron las cosechas y apareció el hambre y la desesperanza"*[5].

La Peste Negra reaparecería siglos después en el panorama mundial en el año 1855, teniendo como epicentro la provincia china de Yunnan y desde la cual se propagó al resto de los países a través de las rutas comerciales, provocando una enorme cantidad de fallecidos, dándose por controlada en 1959[6] aunque, debe precisarse, que el hecho de darse por controlada no implica darse por extinguida.

Años más tarde, concretamente en 1889 y 1890, tuvo lugar una pandemia relacionada con los virus de la influenza y, más en específico, con el virus H2N2, que dio lugar a la denominada gripe rusa, la cual, como indica García Ferrero, fue *"una de las pandemias de gripe más importantes*

---

3 Diomedi Pacheco, Alexis, "La guerra biológica en la conquista del nuevo mundo. Una revisión histórica y sistemática de la literatura", *Revista chilena de Infectología*, vol. 20, núm. 1, Santiago, Chile, 2003, pp. 19-25.

4 Sánchez-David, Carlos, "La muerte negra. El avance de la peste", *Revista Med de la Facultad de Medicina*, Universidad del Bosque, Bogotá, Colombia, enero-junio, Vol. 16, Núm. 1, Bogotá, Colombia, 2008, p. 135.

5 Ídem.

6 Rius i Gilbert, Cristina, "La peste a lo largo de la historia", *Revista Enfermedades Emergentes*, Núm. 3, Barcelona, España, 2019, p. 123

del siglo XX"[7].

Apenas 10 años más tarde, apareció otra pandemia derivada del virus H3N8 para, posteriormente, continuar con esta senda de enfermedades en el año 1918, momento en el que apareció otro agente de gran importancia y efectos en lo que a salud se refiere: el virus H1N1 bautizado como la gripe española.

La mal llamada gripe española llegó a provocar unas cifras de mortalidad realmente alarmantes que, como señala Murillo Godínez, *"van desde 20 hasta 200 millones"*[8], y decimos mal llamada gripe española porque, según los datos históricos, los primeros casos de lo que posteriormente daría lugar a una de las pandemias más mortíferas fueron registrados en un campamento militar de Estados Unidos, concretamente en Texas, *"sobre todo en el cuartel militar de Fort Riley (4 de marzo) donde se identificó el caso 0 (el cocinero Gilbert Mitchell) y en el condado de Haskell como epicentro inicial (abril)"*[9]. En este sentido, el hecho de que se bautizara como gripe española a una viriasis como la surgida tuvo su fundamento en la circunstancia de que, en ese año 1918, se había declarado la Primera Guerra Mundial y, con ello, las respectivas censuras a los periódicos y medios de comunicación de la época de tal manera que, si bien la enfermedad había surgido en el territorio de uno de los principales contendientes, sin embargo fue la prensa española la que más cobertura dio en relación a este nuevo padecimiento que había aparecido en la escena internacional, provocando, también, que se creara la idea de que España –quien tenía un papel neutral en la Gran Guerra y por ello no estaba condicionada por la censura- era la única

---

7 García Ferrero, Sara, *La gripe de 1889-1890 en Madrid*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2018, p. 17

8 Murillo Godínez, Guillermo, "Recordando a la gripe española", *Medicina interna de México*, vol. 27, núm. 5, septiembre-octubre, México, 2011, p. 464.

9 Mejías Estévez, Manuel José, Domínguez Álvarez, Rocío y Blanco Reina, Esperanza, "La pandemia de Gripe de 1918: Mitos y realidades desde la literatura científica", *Journal of negative & no positive results*, vol. 3, núm. 18, agosto, Madrid, España, 2018, p. 660.

afectada por el virus toda vez que los demás medios de los diferentes países en guerra no hacían ninguna alusión a la enfermedad.

En todo caso, la virulencia con la que esta gripe azotó a las naciones fue tal que, en palabras de Álvarez Caperochipi, produjo *"muchos más muertos que toda la I Guerra Mundial"*, lo que *"vino a perturbar la estabilidad de todos los países"*[10].

Los virus y las pandemias son una constante que acompaña a la vida del ser humano, ya que como indica Jiménez Sánchez, *"en 1957 se presentó la pandemia de gripe asiática causada por un virus H2N2. En 1968 se presenta la pandemia de influenza de Hong Kong y el responsable fue un virus H3N2 y posteriormente ocurre la pandemia de gripe rusa provocada por un virus H1N1 en el año 1968"*[11]. Así pues, la relación entre los virus y la colectividad es algo existente en las sociedades de todo el mundo que hace que no se pueda ni deba obviar la posibilidad de que, en cualquier momento, pueda surgir una nueva enfermedad que, quizás, inicialmente, estaba vinculada únicamente a ciertos tipos de animales o circunstancias pero que, sin embargo, la globalización actual en la que las redes de contacto son prácticamente infinitas, hace que se deba considerar como un factor esencial en la propagación de cualquier elemento que afecte a la salud, por lo que la vigilancia, prevención, diligencia y responsabilidad serán los mejores instrumentos para detenerla, mitigarla y, en su caso, eliminarla.

La historia de las enfermedades en relación con las afectaciones políticas, económicas y sociales no es algo que pertenezca al pasado, pues la incidencia de las pandemias se extiende hasta nuestros días de tal manera que, en poco más de 20 años, el mundo actual ha atravesado ya varias epidemias y pandemias notorias siendo que, además, ahora se encuentra afrontando una nueva: la producida por el virus SARS-CoV2, más conocido como coronavirus o COVID-19.

---

[10] Álvarez Caperochipi, Javier, *La Pamplona doliente, 1874-1940. Plagas, guerras y epidemias*, Bubok Publishing, Madrid, España, 2015, p. 138.

[11] Jiménez Sánchez, Carlos, "Influenza Aviar: etiología, epidemiología, vacunas y riesgo de pandemia", *Archivos Latinoamericanos de Producción Animal*, Vol. 15, Núm. 5, Calgary, Canadá, 2007, p. 106.

En el año 1997, apareció en escena un brote de Influenzavirus A, subtipo H5N1, el cual fue bautizado en aquel momento como gripe aviar o gripe aviaria debido a que este virus es transmitido por las aves y es que, existen estudios que demuestran que las aves silvestres y, más concretamente, las aves acuáticas, son la fuente principal de los virus de la influenza tipo A, el cual posteriormente transmiten a otras aves y mamíferos entre los que, también, se encuentran las personas[12]. La historia de este virus, si bien se suele atribuir al territorio autónomo de Hong Kong, sin embargo tiene su antecedente más directo en China, pues en el año 1996 ya se había producido una cantidad moderada de muertes derivada de este tipo de virus, aunque la realidad es que en ese momento no atrajo demasiada atención[13] hasta que, un año más tarde, la incidencia del virus se hizo mucho mayor en la que fuera colonia británica ubicada en el sur de China.

El surgimiento de este brote de virus H5N1 en humanos desató las alarmas en la población debido al progreso rápido de la enfermedad unido al alto índice de letalidad que, aproximadamente, era del 60%[14], por lo que las diferentes naciones adoptaron medidas de protección de la población orientadas esencialmente a evitar el contacto con aves silvestres, así como a vigilar los procesos de tratamiento y manipulación de las aves para consumo personal.

En la actualidad, el brote asiático del virus H5N1 parece estar controlado, sin embargo el hecho de que esté controlado no implica que no continúe presente, pues el virólogo y experto en influenza Robert

---

[12] Krauss, Scott y Webster, Robert, "Avian Influenza virus surveillance and wild birds: past and present", *Summarized from Avian Diseases*, Vol. 54, Núm. 1, Supplement, 2010, pp. 394-398.

[13] Webster, Robert; Peiris, Malik; Chen, Honglin, y Guan, Yi, "H5N1 outbreaks and enzootic influenza", *Biodiversity*, Vol. 7, Núm. 1, Londres, Inglaterra, 2006, p. 51.

[14] Recomendación de la Organización Mundial de la Salud, *Tratamiento clínico de infección humana por el virus A (H5N1) de la influenza aviar*, 15 de agosto de 2007, p. 2, disponible en https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2010/Tratamiento-clinico-infeccion-humana-virus-A-H5N1-influenza-aviar.pdf, consultado el 23/02/2020.

Webster señala, específicamente, que el virus H5N1 sigue circulando entre la población china[15]. En este sentido, no deben obviarse dos datos muy importantes a la hora de comprender la enfermedad provocada por el virus H5N1, y es que, en primer lugar, Robert Webster es una autoridad reconocida a nivel internacional en materia de virología, así como en segundo lugar, existen informaciones que señalan que Webster fue el primero que relacionó la pandemia de gripe asiática de 1957 con este virus H5N1, alertando de su potencialidad, sin embargo, ni los veterinarios (por la procedencia de aves silvestres), ni los médicos (por la transmisión a humanos) le prestaron la mínima atención llegando, incluso, a menospreciar o restar valor a las opiniones de Webster al decir, literalmente: *"no es problema"*[16].

Junto a este virus que preocupó a la sociedad mundial contemporánea, aparecería años después el SARS -acrónimo de síndrome respiratorio agudo grave por sus siglas en inglés (*Severe Acute Respiratory Syndrome*)-, el cual fue identificado a finales del año 2002 a partir de casos notificados en la provincia china de Guangdong, los cuales fueron seguidos por casos en Vietnam, Canadá y Hong Kong[17].

El virus del SARS forma parte de la familia de los coronavirus, los cuales pueden causar afecciones que van desde simples resfriados hasta enfermedades más graves[18], considerándose como factor transmisor el contacto con ciertos animales como, por ejemplo, los dromedarios o los murciélagos, de tal forma que los coronavirus, si bien son una

---

15 Webster, Robert; Peiris, Malik; Chen, Honglin, y Guan, Yi, "H5N1 outbreaks…" *op. cit.*, p. 55.

16 Anónimo, "Robert Webster, el hombre que descubrió la amenaza de la gripe aviar", *Magazine Kindsein*, Número seis, 2006, disponible en http://www.kindsein.com/es/6/ciencia/188/?st-full_text=all. Consultado el 01/05/2020.

17 Ksiazek, Thomas; Erdman, Dean; Goldsmith, Cynthia; Zaki, Sherif, *et al.*, "A novel coronavirus associated with severe acute respiratory syndrome", *The New England Journal of Medicine*, Vol. 348, Núm. 20, mayo, 2003, pp. 1953-1966.

18 Chilvers, M.A.; McKean, M.; Rutman, A.; Myint, B.S. et al., "The effects of coronavirus on human nasal ciliated respiratory epithelium", *European Respiratory Journal*, Vol. 18, Núm. 6, diciembre, 2001, p. 965

realidad existente, también son, en cierto modo, desconocidos, pues la aparición de coronavirus como el MERS o el SARS-CoV2 (que se presentarían años más tarde) han puesto de manifiesto tanto el peligro de estas enfermedades como el desconocimiento en cuanto a su modo de contagio y, en su caso, cura.

Posteriormente, surgió el virus de influenza H1N1, más conocida como gripe porcina, la cual volvió, una vez más, a generar una gran alarma en la población debido a la novedad y complicaciones que podía llegar a generar.

Señalan Miró, Rovira, Blanco y otros que *"a principios del mes de abril de 2009 se describieron en México los primeros casos de un brote de gripe porcina en humanos"*[19] que podía contagiarse a través del contacto de las personas con los cerdos, a lo que se une lo indicado por Talledo y Zumaeta quienes manifiestan que, en ese mismo mes de abril de 2009, se informó de *"la ocurrencia de dos casos de enfermedad respiratoria febril en dos niños del estado de California, en los Estados Unidos, ambos por infección con virus Influenza tipo A/H1N1 de origen porcino y genéticamente similares"*[20]. A partir de ello, surgía en la realidad mundial una nueva enfermedad atribuida a otro tipo de animales distintos a las aves, ya que en esta ocasión se identificó a los cerdos como especies hospederas y transmisores de este virus. No obstante lo anterior, se debe destacar que la gripe porcina ya se había presentado de una forma incipiente en el año 1976 a través de la detección del virus en un campamento militar en Nueva Jersey (EEUU)[21] aunque en ese momento no se llegó a propagar la enfermedad

---

[19] Miró, Óscar; Rovira, Elisabet; Blanco, Antonio Jesús et al., "Descripción clínica y epidemiológica de los primeros casos de la gripe nueva A (H1N1) atendidos en España", *Revista Científica de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, vol. 21, núm. 3, junio, España, 2009, p. 166.

[20] Talledo, Miguel y Zumaeta, Kattya, "Los virus influenza y la nueva pandemia A/H1N1", *Revista peruana de Biología*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Ciencias Biológicas, Lima, Perú, Vol. 16, Núm. 2, diciembre, 2009, p. 227.

[21] Gaydos, Joel; Top Jr., Franklin; Hodder, Richard y Russell, Philip, "Swine Influenza A Outbreak, Fort Dix, New Jersey, 1976", *Emerging Infectious Diseases*, Vol. 12,

ni en el país norteamericano ni en otras partes del mundo.

La denominada gripe porcina de 2009 resultó ser, una vez más, un tipo de Influenza tipo A que se había acomodado a una nueva especie, de tal manera que el virus había dado el salto desde las aves silvestres acuáticas a mamíferos como caballos o, en este caso, cerdos, de tal modo que para comprender la realidad del virus que origina la Influenza tipo A es absolutamente necesario entender que este tipo de virus resulta ser tan dinámico como complicado[22], toda vez que puede valerse de diferentes tipos de especies para transmitirse. Esta naturaleza del virus hace que no se pueda tener una certeza respecto a controlarlo herméticamente y aislarlo, ya que por sus propias circunstancias y características, es posible que se pueda controlar en una especie pero que, al mismo tiempo, se automodifique o mute rápidamente para adaptarse a una nueva especie y, con ello, evitar esa vigilancia inicial que evita su propagación. Además, se debe tomar en consideración que, como señalan algunos científicos, la naturaleza del cerdo hace de él una especie de recipiente de mezcla con el cual, a partir de la confluencia de diferentes materiales genéticos de aves, de humanos y de otro tipo de virus, se puede originar una nueva Influenza[23].

La tasa de mortalidad de esta Influenza tipo A subtipo H1N1 de 2009 no fue tan alta como otras enfermedades que ya se han referido líneas arriba pues, según los estudios, el 7% de los hospitalizados en Estados Unidos en el área de terapia intensiva fallecieron, lo que supone que *"esas proporciones son un tanto más altas de las que se alcanzan por influenza estacional"*[24], del mismo modo que los pacientes atendidos en otros

---

Núm. 1, enero, 2006, pp.23-28.

22 Talledo, Miguel y Zumaeta, Kattya, "Los virus influenza…" *op. cit.*, p. 231.

23 Piralla, Antonio; Moreno, Ana; Orlandi, Maria Ester et al., "Swine Influenza A (H3N2) Virus infection in immunocompromised man, Italy, 2014", *Emerging Infectiuous Diseases*, Vol. 21, Núm. 7, julio, 2015, p. 1189.

24 Ministerio de Salud Pública, "Influenza, H1N1, ingreso en UTI: Internacional", *Boletín Epidemiológico Semanal*, Vol. 19, Núm. 40, octubre, La Habana, Cuba, 2009, p. 316.

países como España, presentaron cuadros gripales que no presentaban diferencias respecto a una gripe estacional[25].

Estos resultados evidenciaron que la temida gripe porcina no iba a presentar efectos tan preocupantes como los ocasionados con enfermedades predecesoras, sin embargo esa cesación de la alarma puso sobre la mesa otra cuestión tan importante como la propia detección de la enfermedad: el modo de informar a la población sobre ella.

En un interesante estudio realizado por el Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Uriel Caballero, se mostró, a través de entrevistas a la población, una gran desconfianza respecto a los medios de comunicación tanto aztecas como extranjeros a la hora de informar sobre la gripe porcina, cómo abordarla y cómo prevenirla; de tal modo que, si bien en un primer momento los medios de comunicación son percibidos por la sociedad como elementos fundamentales para alertar a la colectividad sobre la enfermedad, también en momentos ulteriores esos mismos medios provocan desconfianza o, incluso, escepticismo sobre dicha enfermedad, a lo que además se añadieron métodos ineficientes de las autoridades mexicanas para informar sobre la gripe porcina que afectaron también a la confianza de la población[26].

Tres años después de la detección de la gripe porcina, continuando con esta senda de nuevas enfermedades surgidas en la realidad mundial, aparece en el mes de junio de 2012 el síndrome respiratorio de Oriente Medio, más conocido como MERS o MERS-CoV, el cual fue detectado en Jeddah, Arabia Saudí, a partir del análisis de un paciente

---

[25] Miró, Óscar; Rovira, Elisabet; Blanco, Antonio Jesús *et al.*, "Descripción clínica y epidemiológica de los primeros casos de la gripe nueva A (H1N1) atendidos en España", *Revista Científica de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, vol. 21, núm. 3, junio, España, 2009, p. 168.

[26] Caballero, Uriel, "Medios de comunicación y el brote de gripe porcina. Una encuesta de opinión", *Revista Virtualis*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Núm. 2, julio-diciembre, México, 2010, pp. 5-20.

que presentaba síndrome respiratorio agudo severo[27]. Poco tiempo después –concretamente en el mes de septiembre del mismo año 2012- se detectó que un paciente en Inglaterra presentaba el mismo tipo de virus que el descubierto en Jeddah[28], con lo que se podía acreditar que la enfermedad se había trasladado desde la Península Arábiga hasta Europa en poco tiempo.

Según los estudios, no está claro el medio de contagio del MERS, aunque se intuye que la transmisión puede deberse al contacto cercano con dromedarios, quienes pueden llegar a presentar signos respiratorios como los manifestados a través del MERS[29] así como también se cree que puede tener un origen lejano en los murciélagos[30]. En todo caso, entre el mes de septiembre de 2012 y el mes de enero de 2017, la Organización Mundial de la Salud recibió aviso de 27 países en los que se habían detectado 1879 casos de pacientes confirmados con MERS de los cuales 659 fallecieron[31]. Teniendo en consideración la cantidad

---

27 Mohd, Hamza; Al-Twfiq, Jaffar y Memish, Ziad, "Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus (MERS-CoV) origin and animal reservoir", *Virology Journal*, Vol. 13, artículo 87, junio, 2016, pp. 1-7.

28 De Groot, Raoul; Baker, Susan; Baric, Ralph; Brown, Caroline, et al., "Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus (MERS-CoV): Announcement of the Coronavirus Study Group", *Journal of Virology*, Vol. 87, Núm. 14, julio, 2013, pp. 7790-7792. Véase, también, The WHO Mers-CoV Research Group, "State of knowledge and data gaps of Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus (MERS-CoV) in humans", *PMC. US National Library of Medicine National Institutes of Health*, noviembre, 2013. Disponible en https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3828229/. Consultado el 20/04/2020.

29 Oboho, Ikwo; Tomczyk, Sara; Al-Asmari, Ahmad; Banjar, Ayman *et al.*, "2014 MERS-CoV Outbreak in Jeddah – A link to health care facilities", *The New England Journal of Medicine*, Vol. 372, Núm. 9, febrero, 2015, pp. 846-854.

30 Bratanich, Ana, "MERS-CoV: transmission y el papel de las nuevas especies hospederas", *Revista Argentina de Microbiología*, Vol. 47, Núm. 4, diciembre, 2015, p. 280

31 Arabi, Yaseen; Balkhy, Hanan; Hayden, Frederick; Bouchama, Abderrezak, *et al.*, "Middle East Respiratory Syndrome", *The New England Journal of Medicine*, Vol. 376, Núm. 6, febrero, 2017, pp. 584-594.

de casos notificados y las cifras de fallecidos, se obtiene que la tasa de mortalidad alcanza un 35%, lo cual representa un alto impacto de este virus en la salud humana.

A tenor de los datos, informes e incidencia demostrada por el MERS, se puede decir que dicho virus sigue presente en la realidad mundial actual, sin embargo, al igual que con otras enfermedades descritas brevemente a lo largo del presente, parece que está controlada pero no extinguida, por lo que la falta de certeza en relación a su origen y medio de transmisión supone que no se deba dejar de considerar que, tal vez, en algún momento, pueda existir algún rebrote de la enfermedad.

Tanto el SARS como el MERS se tratan de coronavirus, al igual que el reciente SARS-CoV2, conocido como COVID-19, coronavirus o nuevo coronavirus, el cual ha irrumpido con una gran fuerza e incidencia en las sociedades de todo el mundo.

Los datos oficiales facilitados por la Organización Mundial de la Salud señalan que la nueva enfermedad fue notificada *"por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019"*[32], siendo que este nuevo virus ha alcanzado en la actualidad un alto número de contagios[33] que ha provocado que todos los países hayan tenido que adoptar medidas absolutamente excepcionales y de gran impacto tanto para la colectividad como para las propias economías nacionales e internacionales. En este sentido, hay estudios que evidencian el importante grado de contagio que presenta el nuevo SARS-CoV2, el cual ha afectado seriamente a más

---

[32] Organización Mundial de la Salud, *Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, publicado en la página de la OMS y disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019. Consultado el 08/05/2020.

[33] Al mes de mayo de 2020, se han notificado a la OMS más de tres millones y medio de contagios de COVID-19. Así es reconocido por l
a propia OMS a partir de la Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID 19 celebrada el 6 de mayo de 2020, disponible en https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---6-may-2020. Consultado el 18/05/2020.

de 195 países dejando a su paso altas cifras de fallecidos[34], pues si bien es cierto que, actualmente, el índice de mortalidad no es especialmente alto toda vez que los datos apuntan a una tasa porcentual de decesos entre un 6.5% y un 7%, sin embargo los números globales de fallecidos arrojan una cifra que no puede ser obviada, pues al mes de mayo de 2020, se tienen registradas por la OMS un total de 250.000 defunciones causadas por el SARS-CoV-2[35], aunque las cifras manejadas por otras instituciones como el *Center for Systems Science and Engineering (CSEE)* de la John Hopkins University, hablan de más de 300.000 fallecidos y más de 4.800.000 de casos de personas infectadas por este tipo de virus[36].

En la actualidad, el nuevo coronavirus o COVID-19 ha provocado un escenario en el que la incertidumbre de la sociedad e, incluso, de las autoridades parece ser el eje rector de la vida diaria en todos los países. Las informaciones presentadas desde un primer momento por parte de las autoridades y expertos, tanto nacionales como internacionales, han sido un tanto contradictorias, pues en un primer momento se recomendó la utilización de mascarillas o cubrebocas para, seguidamente, aconsejar la utilización de guantes; sin embargo, tiempo después, se señaló que no era necesario que la población sana o que no tuviera contacto con

---

[34] Véanse al respecto Andersen, Kristian; Rambaut, Andrew; Lipkin, Ian; Holmes, Edward y Garry, Robert, "The proximal origins of SARS-CoV-2", *Nature Medicine*, Núm. 26, abril, 2020, p. 450. También puede verse al respecto Menni, Cristina; Valdés, Ana; Freidin, Maxim; Sudre, Carole, *et al.*, "Real-time tracking of self-reported symptoms to predict potential COVID-19", *Nature Medicine*, mayo, 2020. Disponible en https://www.nature.com/articles/s41591-020-0916-2. Consultado el 15/05/2020.

[35] Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID 19 celebrada el 6 de mayo de 2020, disponible en https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---6-may-2020. Consultado el 18/05/2020.

[36] Datos obtenidos de John Hopkins University, *COVID-19 Dashboard by the Center of Systems Science and Engineering (CSEE) al John Hopkins University (JHU)*, EEUU, disponible en https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6. Consultado el 20/05/2020.

pacientes enfermos utilizase las mascarillas[37]. Con el paso de los días, hubo países, como España, en los que se indicaron la necesidad u obligatoriedad de las mascarillas o cubrebocas para toda la población[38], pero con la precisión de que las mascarillas realmente efectivas son de un tipo específico, concretamente, N-95[39]. Este vaivén de informaciones ha llegado, en fechas recientes, a señalar que los guantes no serían necesarios por su falta de eficacia para prevenir la infección[40] ya que al tener cubiertas las manos, se genera una falsa sensación de seguridad que hace que no se tomen las precauciones requeridas respecto al contacto con los elementos que nos rodean y posterior lavado de manos, por lo que contribuiría a la contaminación de superficies y, con ello, a la propagación de la enfermedad[41].

---

37 Organización Mundial de la Salud, *Consejos para la población sobre el nuevo coronavirus (2019-nCoV): cuándo y cómo usar mascarilla*, disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks, consultado el 20/05/2020; Organización Mundial de la Salud, *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19),* disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses, consultado el 20/05/2020.

38 *Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, publicado en el Boletín Oficial del Estado (España), el día 20/05/2020. Disponible en https://www.boe.es/boe/dias/2020/05/20/pdfs/BOE-A-2020-5142.pdf

39 Organización Mundial de la Salud, ¿Deben ponerse sistemáticamente botas, delantales impermeables o monos como equipo de protección personal (EPP) los profesionales de la atención de salud que atienden a pacientes con infección presu*nta o confirmada por 2019-nCoV?*, disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-on-infection-prevention-and-control-for-health-care-workers-caring-for-patients-with-suspected-or-confirmed-2019-ncov, consultado el 20/05/2020.

40 Organización Mundial de la Salud, *Medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus*, disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public, consultado el 20/05/2020.

41 Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene, *Recomendaciones sobre el uso de guantes y la toma de temperatura en la población general*, publicado el 11/05/2020, disponible en https://www.sempsph.com/es/noticias/118499-

Más allá del manejo y publicación de información, a la hora de comprender las enfermedades es esencial tener en cuenta que hay estudios que indican que existen pandemias de virus gripales cada 3 años o cada 10 o 20 años, en función de las variaciones antigénicas que se puedan desarrollar[42]. En esta tesitura, el hecho de que la historia evidencia la realidad de esta premisa –como se ha podido demostrar con este breve análisis respecto a las enfermedades más importantes o problemáticas de la sociedad contemporánea- pone sobre aviso respecto a dos cuestiones fundamentales, pues la evolución de los virus, ya sea por su propia naturaleza o por su modificación en laboratorios especializados, provocan, en primer lugar, la necesidad de la implantación efectiva de un modelo de prevención amplio y riguroso, así como, en segundo término, la concienciación de la población para interiorizar que las condiciones de vida actuales pueden cambiar en cualquier momento con motivo del surgimiento de un nuevo virus que impacte en las sociedades a nivel mundial.

Resulta trascendental comprender que la incidencia de las enfermedades no solo se reduce a una afectación más o menos grave en la salud de la población, pues basta ver las consecuencias políticas y sociales que puede provocar una epidemia o una pandemia y que expone Ledermann al hacerse eco de los datos obtenidos durante la época de la Peste Negra por los historiadores, de tal manera que menciona tres consecuencias importantes: a) gran recesión, no solo económica sino también demográfica; b) una exaltación de prácticas religiosas; y c) exaltación de placeres mundanos derivados de la visión de fugacidad de la vida[43]. Estos resultados que, obviamente, se deben entender en

---

recomendaciones-sobre-el-uso-de-guantes-y-la-toma-de-temperatura-en-la-poblacion-general.html, consultado el 13/05/2020.

42 Mejías Estévez, Manuel José, Domínguez Álvarez, Rocío y Blanco Reina, Esperanza, "La pandemia de Gripe de 1918: Mitos y realidades desde la literatura científica", *Journal of negative & no positive results*, vol. 3, núm. 18, agosto, Madrid, España, 2018, p. 656

43 Ledermann, Walter, "El hombre y sus epidemias a lo largo de la historia", *Revista*

el contexto de la Europa del siglo XIV, siguen estando presentes, con matices, en el escenario actual.

El surgimiento del nuevo coronavirus SARS-CoV2 o COVID-19 ha dado lugar a un escenario en el que expertos como Robert Schiller -Premio Nobel de Economía en el año 2013- o Kristalina Georgieva –directora gerente del Fondo Monetario Internacional (FMI)-, vaticinan que se presentará una grave crisis económica mundial[44]. Estos efectos económicos que ya se habían presenciado desde tiempos de la Peste Negra seguirían siendo, por tanto, una constante vinculada a las pandemias, por lo que una actuación rápida, escrupulosa, seria y rigurosa ante la que parece ser una irremediable realidad como es la aparición de pandemias cada cierto tiempo –como ya quedó señalado- sería la mejor protección o, al menos, la mejor medida para contrarrestar los notorios y radicales efectos que pueden provocar estas calamidades sanitarias.

En este contexto de protección de la salud encuentra su razón de ser la Organización Mundial de la Salud, la cual hace su aparición en el año 1946 bajo una serie de principios entre los cuales se podrían destacar que *"la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad. […] La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común. […] La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud. Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo"*[45] todo lo cual provoca que la finalidad de esta organización sea,

Chilena de Infectología, Edición aniversario, Vol. 13, Santiago de Chile, Chile, 2003, p. 14.

[44] Véanse al respecto Barría, Cecilia, *Crisis económica por el coronavirus | Robert Schiller, nobel de Economía: "No existe una pandemia sino dos"*, BBC, publicado el día 25/05/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-52748371, consultado el 30/05/2020; Frías, Gabriela, *Mucho peor que la crisis financiera, el efecto económico por el covid-19*, CNN, publicado el día 04/04/2020, disponible en https://cnnespanol.cnn.com/2020/04/04/mucho-peor-que-la-crisis-financiera-el-efecto-economico-por-el-covid-19/, consultado el día 12/05/2020.

[45] Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

precisamente, la de *"alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud"*[46].

II. La organización mundial de la salud

La Organización Mundial de la Salud -en adelante OMS- surgió en el año 1946, aunque no sería hasta el 7 de abril de 1948 cuando entrase en vigor su Constitución, de tal manera que se configuró este organismo como consecuencia del acuerdo de voluntades de los creadores de las Naciones Unidas para conformar una organización mundial dedicada a la salud.

La Constitución de la OMS fue firmada el 22 de julio de 1946 por 61 Estados en el contexto de la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York del 19 de junio de 1946 al 22 de junio de 1946. La amplia participación inicial continuaría aumentando con el paso de los años, pues los principios de la OMS hicieron que, en la actualidad, prácticamente todos los países se hayan adherido a este organismo internacional[47].

Los principios de la Constitución de la OMS están presididos por resaltar el valor de la salud tanto a nivel individual como *"un estado de completo bienestar físico, mental y social"*[48] como a nivel colectivo, destacando que *"la salud de los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados"*[49].

Teniendo estos lineamientos como base de la creación de esta organización, se puede observar que la salud entendida como elemento de bienestar, de seguridad, de desarrollo, de generador de relaciones prósperas y, en definitiva, de felicidad, es un elemento fundamental en

---

[46] Artículo 1 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en el que se establece, literalmente: *"Artículo 1.- La finalidad de la Organización Mundial de la Salud (llamada de ahora en adelante la Organización) será alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud"*.

[47] La OMS está integrada por 196 Estados, de los cuales 2 de ellos son miembros asociados.

[48] Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[49] Ídem.

todas las sociedades, haciendo de ella un instrumento imprescindible para lograr no solo una comunidad de bienestar físico, mental y social, sino también para lograr una colectividad pacífica.

En este contexto, la salud es un factor que incide de manera muy importante en el desarrollo de los países, de tal forma que el acceso a los servicios de salud es considerado como un elemento de medición de la pobreza que tiene el mismo valor que otras variables de cuantificación como, por ejemplo, la esperanza de vida, el analfabetismo o el acceso al agua potable, entre otros[50]. Así pues, como señala la Comisión Mexicana sobre Macroeconomía y Salud, *"la salud no es sólo la ausencia de enfermedad, sino también la capacidad de las personas para desarrollar todo su potencial a lo largo de la vida. La salud es un acervo que los individuos poseen y que tiene un valor intrínseco y un valor instrumental. La salud impacta el crecimiento económico por muchos canales"*[51]

Partiendo de esta premisa, la salud es considerada elemento trascendental en varios planos pues, al mismo tiempo que es considerada un derecho humano -como así reconoce el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos-[52], también es un medidor de desarrollo, por lo que su salvaguarda, protección, desarrollo y fomento son absolutamente fundamentales para obtener un bienestar social en aspectos que van más allá de las afecciones físicas o mentales. En esta tesitura, los principios y objetivos plasmados en la Constitución de la OMS de 1946, la cual ha sido modificada a lo largo de los años para

---

[50] Griffin, Keith, "Desarrollo humano: origen, evolución e impacto", en Ibarra, Pedro y Unceta, Koldo (coords.), *Ensayos sobre el desarrollo humano*, Icaria editorial, Barcelona, España, 2001, p. 19

[51] Comisión Mexicana sobre Macroeconomía y Salud, *Macroeconomía y salud. Invertir en salud para el desarrollo económico*, Secretaría de Salud, México, 2006, p. 43.

[52] El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: *"Artículo 25.- 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

adaptarse a la realidad social, cobran una gran importancia, de tal modo que se configura a la OMS como un organismo vigilante y preservador de la salud que, en aras de lograr sus finalidades, actúa como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional[53].

Aunado a ello, la OMS desempeña, también, funciones de ayuda y de prevención en relación con las enfermedades que puedan surgir en los panoramas nacionales y/o internacionales, de tal modo que sus facultades pasan, entre otras cuestiones, por proporcionar ayuda técnica adecuada así como por estimular y adelantar labores destinadas a suprimir enfermedades epidémicas, pandémicas y otras[54], sin olvidar cuestiones como suministrar información, consejo, ayuda en el campo sanitario y, también, contribuir a crear una opinión pública bien informada en asuntos de salud[55].

En vista de las finalidades y funciones de la OMS se debe considerar a dicho organismo como una organización que, a la par que es fiscalizadora o vigilante de la salud, también marca las directrices en cuanto a políticas y lineamientos de actuación de sus Estados miembros a la hora de prevenir, preservar, desarrollar y garantizar un adecuado derecho a la salud.

Para lograr materializar sus funciones, la OMS se distribuye en un esquema de trabajo integrado por: a) la Asamblea Mundial de la Salud; b) el Consejo Ejecutivo y; c) la Secretaría.

---

53 Véase el apartado a) del artículo 2 de la Constitución de la OMS, el cual establece: *"Artículo 2. Para alcanzar esta finalidad, las funciones de la Organización serán: a) actuar como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional […]"*

54 Véanse los apartados d) y g del artículo 2 de la Constitución de la OMS: "Artículo 2. *Para alcanzar esta finalidad, las funciones de la Organización serán: d) proporcionar ayuda técnica adecuada y, en casos de emergencia, prestara los gobiernos la cooperación necesaria que soliciten, o acepten; […] g) estimular y adelantar labores destinadas a suprimir enfermedades epidémicas, endémicas y otras; […]"*

55 Así lo establecen los apartados q) y r) del artículo 2 de la Constitución de la OMS, mismo que determina: *"Artículo 2. Para alcanzar esta finalidad, las funciones de la Organización serán: […] q) suministrar información, consejo y ayuda en el campo de la salud; r) contribuir a crear en todos los pueblos una opinión pública bien informada en asuntos de salud […]"*

1. La asamblea mundial de la salud

La Asamblea Mundial de la Salud –en adelante, Asamblea- se encuentra integrada por delegados representantes de los Estados miembros, tal y como lo establece el artículo 10 de la Constitución de la OMS, con lo cual cada país miembro de dicha organización hace valer su voz ante este organismo internacional a través de estos representantes.

Resulta importante tener en consideración que la Asamblea celebra reuniones periódicas que, inicialmente, son anuales, sin embargo, también se llevan a cabo reuniones[56] en casos extraordinarios, con lo que se puede considerar que la OMS, a través de su Asamblea, se encuentra pendiente de manera constante de aquellas enfermedades que pueden aparecer en el escenario internacional; es así que la Asamblea determina tanto la política de la propia organización, como emprende todo tipo de acciones que resulten apropiadas para lograr la finalidad de la OMS[57].

---

[56] Artículo 13 de la Constitución de la OMS que establece: *"Artículo 13.- La Asamblea de la Salud se reunirá en sesiones anuales ordinarias y en sesiones extraordinarias cuando sea necesario. Las sesiones extraordinarias serán convocadas a solicitud del Consejo o de la mayoría de los Miembros"*.

[57] Artículo 18 de la Constitución de la OMS, el cual indica: *"Artículo 18.- Las funciones de la Asamblea de la Salud serán: a) determinar la política de la Organización; b) nombrar los Miembros que tengan derecho a designar una persona para el Consejo; c) nombrar el Director General; d) estudiar y aprobar los informes y actividades del Consejo y del Director General y dar instrucciones al Consejo sobre los asuntos en los cuales se considere conveniente acción, estudio, investigación o informe; e) establecer los comités que considere necesarios para el trabajo de la Organización; f) vigilar la política financiera de la Organización y estudiar y aprobar su presupuesto; g) dar instrucciones al Consejo y al Director General para llamar la atención de los Miembros y de las organizaciones internacionales, gubernamentales o no, sobre cualquier asunto relacionado con la salubridad que estime conveniente la Asamblea de la Salud; h) invitar a cualquier organización internacional o nacional, gubernamental o no gubernamental, que tenga responsabilidades relacionadas con las de la Organización, a que nombre representantes para participar, sin derecho a voto, en sus reuniones o en las de comités y conferencias celebradas bajo sus auspicios, en las condiciones que prescriba la Asamblea de la Salud; pero en el caso de organizaciones nacionales, las invitaciones se harán solamente con el consentimiento del Gobierno interesado; i) considerar las recomendaciones sobre salubridad hechas por la Asamblea General, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Seguridad o el Consejo de Administración Fiduciaria de las Naciones Unidas, e informarles sobre las medidas*

La importancia que tiene la Asamblea es absolutamente trascendental, pues al leer los artículos 19 a 23 de la Constitución de la OMS se puede observar que esta Asamblea no solo está facultada para adoptar convenciones o acuerdos en relación a cualquier asunto que se encuentre dentro de las competencias de la OMS[58], sino que además tiene la potestad para adoptar reglamentos destinados a establecer requisitos sanitarios así como procedimientos orientados a prevenir la propagación internacional de enfermedades[59].

Aunado a ello, se debe prestar una especial atención a lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución de la OMS, en el cual se habla, literalmente, de que la Asamblea tiene la autoridad para hacer recomendaciones a los Estados miembros en relación a cualquier asunto que se encuentre dentro de la competencia de la OMS; y es que el hecho de utilizar el término de autoridad revela el carácter rector de la Asamblea respecto a las políticas sanitarias de los países que forman parte de esta organización.

---

tomadas por la Organización para poner en práctica tales recomendaciones; j) informar al Consejo Económico y Social, conforme a los acuerdos que se concierten entre la Organización y las Naciones Unidas; k) promover y realizar investigaciones en el campo de la salubridad, mediante el personal de la Organización, por el establecimiento de sus propias instituciones, o en cooperación con instituciones oficiales o no oficiales de cualquier Miembro, con el consentimiento de su gobierno; l) establecer otras instituciones que considere conveniente; m) emprender cualquier acción apropiada para el adelanto de la finalidad de la Organización".

58 Artículo 19 de la Constitución de la OMS: *"Artículo 19.- La Asamblea de la Salud tendrá autoridad para adoptar convenciones o acuerdos respecto a todo asunto que esté dentro de la competencia de la Organización. Para la adopción de convenciones y acuerdos se requiere el voto de aprobación de las dos terceras partes de la Asamblea de la Salud; las convenciones y acuerdos entrarán en vigor para cada Miembro al ser aceptados por éste de acuerdo con sus procedimientos constitucionales".*

59 Véase el artículo 21, apartado a), de la Constitución de la OMS: *"Artículo 21.- La Asamblea de la Salud tendrá autoridad para adoptar reglamentos referentes a: a) requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades; b) nomenclaturas de enfermedades, causas de muerte y prácticas de salubridad pública; c) normas uniformes sobre procedimientos de diagnóstico de uso internacional; d) normas uniformes sobre la seguridad, pureza y potencia de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional; e) propaganda y rotulación de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional".*

La aparición del ya mencionado nuevo coronavirus, SARS-CoV-2, COVID-19 o, simplemente coronavirus, ha estado caracterizada por un gran número de contagios y de defunciones, pero también por la implementación de medidas de aislamiento como la cuarentena que han afectado radicalmente el día a día de las sociedades de todo el mundo. El uso de cuarentenas masivas ha provocado importantes consecuencias en muchos países, las cuales abarcan desde efectos económicos[60] hasta un notorio descontento social[61], y es que la máxima planteada por Aristóteles de que *"los hombres tienden a la convivencia"*[62], por lo que se

---

[60] Así se reconoce en noticias como, por ejemplo, Ramos, Juan Luis, *Aerolíneas mexicanas, en riesgo de quebrar*, El Sol de México, publicado el día 14/05/2020, disponible en https://www.elsoldemexico.com.mx/finanzas/aerolineas-mexicanas-riesgo-quiebra-aeromexico-interjet-volaris-vivaaerobus-crisis-coronavirus-5097380.html, consultado el día 17/05/2020; Pardo, Daniel, *Avianca: cómo la crisis de coronavirus llevó a acogerse a la ley de bancarrota a la "aerolínea de bandera" de Colombia y la más antigua de América Latina*, BBC, publicado el día 12/05/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52627343, consultado el 13/05/2020; Mannarino, Juan Manuel, *Restaurantes y bares en crisis por el coronavirus: "No sabemos cómo vamos a seguir"*, Infobae, publicado el día 04/04/2020, disponible en https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/04/restaurantes-y-bares-en-crisis-por-el-coronavirus-no-sabemos-como-vamos-a-seguir/, consultado el día 21/04/2020.

[61] Véanse al respecto, por ejemplo, Redacción La Vanguardia, *Las protestas se extienden en EEUU contra las órdenes de confinamiento*, La Vanguardia, publicado el día 16/04/2020, disponible en https://www.lavanguardia.com/internacional/20200416/48566493314/las-protestas-se-extienden-en-eeuu-contra-las-ordenes-de-confinamiento.html, consultado el día 19/04/2020; Salgado, Miriam, *Las protestas contra el confinamiento en todo el mundo: antivacunas, conspiraciones y extrema derecha*, diario Público, publicado el día 19/05/2020, disponible en https://www.publico.es/internacional/protestas-confinamiento-protestas-confinamiento-mundo-antivacunas-conspiracionistas-extrema-derecha.html, consultado el día 23/05/2020; Redacción ABC, *Las protestas contra el confinamiento en Estados Unidos pudieron apoyar a la expansión del virus*, publicado ABC, publicado el día 18/05/2020, disponible en https://www.abc.es/sociedad/abci-protestas-contra-confinamiento-estados-unidos-pudieron-ayudar-expansion-virus-202005182008_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F, consultado el día 28/05/2020.

[62] Aristóteles, *Política*, trad. Manuela García Valdés, Biblioteca Clásica Gredos,

podrían clasificar como seres sociales por naturaleza, parece haberse evidenciado más que nunca.

Las personas que no se encuentran privadas de su libertad por la comisión de algún delito parecían no haberse percatado hasta este momento de la importancia pero también de la necesidad del disfrute del libre albedrío traducido, en este caso, en la libertad de movimiento. La propagación del virus COVID-19 unido a la indicación e, incluso, mandato[63] de las autoridades de encontrarse aislados en los respectivos domicilios llegó a propiciar que muchas personas prefirieran arriesgarse a abandonar sus casas y exponerse tanto a un contagio como a una posible sanción la cual, en función de los países, abarcan tanto multas como penas de prisión[64]. Además, también surgieron opiniones médicas que indicaban la posibilidad de aparición de brotes depresivos provocados por la falta de contacto con el mundo exterior[65].

Al momento de la redacción de este breve escrito, no existe una vacuna real, comprobada y verificada contra el SARS-CoV-2, lo que ha dado lugar a que la medida principal y esencial recomendada por la Asamblea para confrontar la crisis del COVID-19 se haya reducido, básicamente, a un autoencierro.

---

editorial Gredos, Madrid, España, 1988, p. 168.

63 En España se emitió la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. A través de esta orden se posibilitó la imposición por parte de las autoridades de sanciones con motivo de la infracción de la cuarentena.

64 Países como España, Francia, Italia, EEUU, Argentina o Colombia, se establecieron sanciones económicas y, en ciertas situaciones, hasta de prisión, derivadas del incumplimiento ante las órdenes de aislamiento de la población en sus domicilios.

65 El Instituto de Neurociencia Cognitiva y Traslacional (Conicet/Ineco/Universidad Favaloro) evidenció la presencia de depresión y ansiedad en uno de cada tres casos de personas aisladas por cuarentena. Véase al respecto Garabetyan, Enrique, *Especialistas advierten "epidemia" de estrés postraumático por la cuarentena*, Perfil, publicado el día 25/04/2020, disponible en https://www.perfil.com/noticias/ciencia/advierten-epidemia-de-estres-postraumatico-por-la-cuarentena.phtml, consultado el 31/05/2020.

2. El consejo ejecutivo

El Consejo ejecutivo -en adelante, el Consejo- está integrado por 34 personas técnicamente calificadas en el campo de la salud, las cuales son designadas por igual número de Estados miembros por un periodo de 3 años, siendo que la Asamblea adopta un papel muy activo en este trámite desde el momento en que ésta se encarga de elegir a los Estados miembros que tienen el derecho a designar una persona para integrar dicho Consejo[66]. En este sentido, es importante recordar que, en la actualidad, la OMS se encuentra integrada por la nada desdeñable cifra de 194 Estados miembros más 2 Estados asociados, por lo que el hecho de limitar a 34 integrantes en cuanto a la representatividad en el Consejo puede resultar una directriz un tanto descompensada; es por ello que la Asamblea debe tener en cuenta una distribución geográfica equitativa para asignar esas funciones de representación en el Consejo.

Esa expresión de distribución geográfica equitativa puede dar lugar, en primer término, al surgimiento de un concepto ambiguo u oscuro, ya que si bien es cierto que cuando se habla, en materia de salud, por ejemplo, de distribución equitativa de personal sanitario[67] o de distribución equitativa de recursos financieros en los sistemas de

---

66 Véase el artículo 24 de la Constitución de la OMS, el cual establece: *"Artículo 24.- El Consejo estará integrado por treinta y cuatro personas, designadas por igual número de Miembros. La Asamblea de la Salud, teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa, elegirá a los Miembros que tengan derecho a designar una persona para integrar el Consejo, quedando entendido que no podrá elegirse a menos de tres Miembros de cada una de las organizaciones regionales establecidas en cumplimiento del Artículo 44. Cada uno de los Miembros debe nombrar para el Consejo a una persona técnicamente capacitada en el campo de la salud, que podrá ser acompañada por suplentes y asesores".*

67 Organización Mundial de la Salud, "Vigilancia de la distribución geográfica del personal sanitario en zonas rurales y zonas subatendidas", *Spotlight: estadísticas de la fuerza de trabajo en salud*, Departamento de Recursos Humanos para la Salud, Núm. 8, octubre, 2009, disponible en: http://www9.who.int/hrh/statistics/spotlight_8_es.pdf. Consultado el 2/05/2020.

salud[68] o de distribución de farmacias[69], no parecen existir dudas, pues en el primer caso se refiere a la adecuada asignación de profesionales de la salud de tal forma que se encuentren presentes tanto en zonas urbanas y rurales, como en zonas pobres y desarrolladas, mientras que el segundo caso, está referido a la asignación de recursos económicos en función de las necesidades de la población, así como en el tercer caso se hace alusión al hecho de establecer las farmacias en función de la cantidad de población de una zona; sin embargo, al hablar del criterio de distribución geográfica equitativa como factor de valoración para otorgar la posibilidad de representación en el Consejo, el concepto no resulta tan claro.

En la actualidad, los Estados miembros designados por la Asamblea para nombrar a esas 34 personas calificadas son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Botswana, Burkina Faso, Chile, China, Colombia, Corea del Sur, Djibouti, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos, Finlandia, Gabón, Ghana, Granada, Guayana, Guinea-Bissau, India, Indonesia, Israel, Kenia, Madagascar, Omán, Reino Unido, Rumanía, Rusia, Singapur, Sudán, Tayikistán, Tonga y Túnez[70].

En vista de los diferentes Estados que ostentan la facultad de designación de los representantes técnicamente calificados, se podría llegar a la conclusión de que, cuando el artículo 25 de la Constitución de la OMS habla de distribución geográfica equitativa parece estar refiriéndose al hecho de que se encuentren representados, al mismo tiempo, tanto países con un amplio territorio como naciones con extensiones más reducidas,

---

[68] Porto, Silvia Marta, "Equidad y distribución geográfica de recursos financieros en los sistemas de salud", *Cadernos de Saúde Pública*, Vol. 8, Núm. 4, julio – agosto, Brasil, 2002, pp. 939-957.

[69] Ward, Kim; Sanders, David; Leng, Henry y Pollock, Allison, "Assesing equity in the geographical distribution of community pharmacies ins South Africa in preparation for a national health insurance scheme", *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, Vol. 92, Núm. 7, julio, 2014, pp. 482-489.

[70] Listado de países representados en el Consejo de Salud de la OMS disponible en la página web de la OMS a través del enlace: https://apps.who.int/gb/gov/sp/composition-of-the-board_sp.html. Consultado el 22/05/2020.

lo que supondría que, de este modo y a través de las rotaciones, se eliminara la posibilidad de que un país predominara con motivo de sus dimensiones físicas. Se puede llegar a esta conclusión al tener en cuenta que, simultáneamente a la representación por parte de China, EEUU, India o Rusia, se encuentran, también, Austria, Granada o Tonga.

Por otra parte, en lo que respecta a las funciones del Consejo, es importante destacar que, entre otras cuestiones, dicho Consejo actúa como órgano ejecutivo de la Asamblea, de tal forma que lleva a efecto las decisiones de aquella además de asesorarla y de tomar medidas de emergencia para hacer frente a aquellos casos que requieran atención inmediata[71].

Resulta imprescindible tener en consideración estas funciones del Consejo, toda vez que le habilitan para autorizar al Director General de la OMS –quien es nombrado por la Asamblea a propuesta del Consejo[72]- para *"tomar las medidas necesarias para combatir epidemias, participar en la organización de socorro sanitario para las víctimas de calamidades y emprender estudios e investigaciones cuya urgencia haya sido señalada a la atención del Consejo*

---

[71] Véase el artículo 28 de la Constitución de la OMS, el cual establece: *"Artículo 28.- Las funciones del Consejo serán: a) dar efecto a las decisiones y a la política de la Asamblea de la Salud; b) actuar como órgano ejecutivo de la Asamblea de la Salud; c) desempeñar toda otra función que la Asamblea de la Salud le encomiende; d) asesorar a la Asamblea de la Salud en los asuntos que ésta le encomiende y en los que sean asignados a la Organización por convenciones, acuerdos y reglamentos; e) asesorar y presentar propuestas a la Asamblea de la Salud por iniciativa propia; f) preparar el programa de las sesiones de la Asamblea de la Salud; g) someter a la Asamblea de la Salud, para su consideración y aprobación, un plan general de trabajo para un periodo determinado; h) estudiar todo asunto que esté dentro de su competencia; i) tomar medidas de emergencia, de conformidad con las funciones y los recursos financieros de la Organización, para hacer frente a casos que requieran acción inmediata. En particular, podrá autorizar al Director General para tomar las medidas necesarias para combatir epidemias, participar en la organización de socorro sanitario para las víctimas de calamidades y emprender estudios e investigaciones cuya urgencia haya sido señalada a la atención del Consejo por cualquier Miembro o el Director General".*

[72] Artículo 31 de la Constitución de la OMS, que señala: *"Artículo 31.- El Director General será nombrado por la Asamblea de la Salud, a propuesta del Consejo, en las condiciones que determine la Asamblea. Sujeto a la autoridad del Consejo, el Director General será el funcionario principal técnico y administrativo de la Organización".*

por cualquier Miembro o el Director General"[73], lo que hace del Consejo un actor principal en cuanto a la toma de decisiones por parte de la OMS, al igual que la Asamblea.

3. La secretaría

Según lo dispuesto por el artículo 30 de la Constitución de la OMS, la Secretaría está compuesta por el Director General así como también por todo aquel personal técnico y administrativo que se requiera[74] para llevar a cabo los fines de la organización.

Para comprender el alcance de la Secretaría, es necesario complementar este artículo 30 con lo dispuesto por los artículos 33[75] y 35 de la misma Constitución de la OMS; y es que, como punto inicial es preciso destacar que, al igual que sucedía con el Consejo, a la hora de contratar a ese personal requerido se tendrá en cuenta la importancia de garantizar *"la más amplia representación geográfica posible"*[76].

---

[73] Así lo reconoce el apartado i) del artículo 28 de la Constitución de la OMS.

[74] El artículo 30 de la Constitución de la OMS establece: *"Artículo 30.- La Secretaría se compondrá del Director General y del personal técnico y administrativo que requiera la Organización"*.

[75] El artículo 33 de la Constitución de la OMS señala: *"Artículo 33.- El Director General, o su representante, podrá establecer un procedimiento, mediante acuerdo con los Miembros, que le permita tener acceso directo, en el desempeño de sus funciones, a las diversas dependencias de estos últimos, especialmente a sus administraciones de salubridad y organizaciones nacionales de salubridad, ya sean gubernamentales o no. Podrá asimismo establecer relaciones directas con organizaciones internacionales cuyas actividades estén dentro de la competencia de la Organización. Mantendrá a las oficinas regionales informadas de todo asunto que concierna a las respectivas regiones"*.

[76] El artículo 35 de la Constitución de la OMS reconoce: *"Artículo 35.- El Director General nombrará el personal de la Secretaría de acuerdo con el reglamento de personal que establezca la Asamblea de la Salud. La consideración primordial que se tendrá en cuenta al nombrar el personal será asegurar que la eficiencia, la integridad y el carácter internacional-mente representativo de la Secretaría se mantenga en el nivel más alto posible. Se dará debida consideración a la importancia de contratar el personal de forma que haya la más amplia representación geográfica posible"*.

En la actualidad, la Secretaría está integrada por miembros de diferentes nacionalidades que hacen que, en principio, se cumpla con esa multiculturalidad, sin embargo, es preciso matizar esta visión ya que, como se señalará más adelante, la variedad de nacionalidades termina confluyendo, en ciertos casos, en una posibilidad de predominio en cuanto a representación de determinados países.

Aunado a lo anterior, en segundo término, hay que considerar como una labor fundamental en el marco de la Secretaría la realizada por el Director General de la OMS, toda vez que se le reconoce la facultad para tener acceso directo a las dependencias de los Estados miembros, lo cual configura al Director como una especie de entidad fiscalizadora de los países; máxime cuando el artículo 33 de la Constitución de la OMS no delimita la facultad de aquel al acceso único a las entidades de salubridad, pues dicho precepto señala que el acceso directo será en el marco del *"desempeño de sus funciones, a las diversas dependencias de estos últimos, especialmente a sus administraciones de salubridad y organizaciones nacionales de salubridad, ya sean gubernamentales o no"*[77].

Como añadido a esto, es importante resaltar una de las obligaciones del Director General de la OMS, quien siguiendo lo dispuesto por el artículo 33, debe mantener *"a las oficinas regionales informadas de todo asunto que concierna a las respectivas regiones"*.

Teniendo en consideración todo lo expuesto, el pilar esencial de la Secretaría es el Director General, pues es el encargado de nombrar al personal que integra dicho órgano. Asimismo, se debe considerar que el artículo 37 de la Constitución de la OMS establece la independencia de este Director así como del personal respecto de agentes externos a la OMS, de tal manera que se establece expresamente la prohibición de solicitar o recibir instrucciones de ningún gobierno así como tampoco de ninguna autoridad distinta a la propia organización.

Esto refleja un ánimo de neutralidad por parte de la OMS al pretender encontrarse en una posición ajena a presiones, lo cual es lo idóneo teniendo en cuenta que dicha organización es la encargada de velar por la salud a nivel mundial.

---

[77] Véase artículo 33 de la Constitución de la OMS.

4. Financiamiento

Además de la organización de la OMS, también se debe prestar una especial atención al financiamiento de la organización para comprender su funcionamiento y el papel que desarrolla en el escenario mundial. En este sentido, es preciso distinguir las opciones en cuanto a la financiación, pues existen dos tipos de contribuciones:

- Señaladas: son aquellas que los países abonan por pertenecer a la OMS, las cuales varían en función de la riqueza y de la población de la nación en cuestión. El hecho de que sean periódicas –concretamente se pagan el día 01 de enero de cada año- hace de este tipo de contribuciones un ingreso que propicia la estabilidad de la OMS, toda vez que se tratan de recursos previsiblemente disponibles por la organización año tras año.
- Voluntarias: son aquellas que proceden de los Estados miembros o de otros asociados, siendo que este tipo de contribuciones, a diferencia de las señaladas, se hacen de manera totalmente potestativa de tal forma que, además de entregarlas a la organización, también tienen la posibilidad de establecer que sean destinadas a un fin específico, es decir, que un Estado tiene la facultad de realizar una aportación voluntaria y, además, determinar el objetivo al cual quiere que se destinen esos recursos que entrega.

  Las aportaciones voluntarias son, de hecho, como así reconoce la propia OMS, una importante fuente de financiación de la organización, representando más de tres cuartas partes de sus recursos[78].

Este sistema de financiamiento integrado por las contribuciones señaladas y voluntarias supone un modelo de afiliación de los diferentes países a través del pago de contribuciones, de tal manera que el incumplimiento puntual en el pago de las contribuciones del primer tipo tiene como consecuencia una separación del Estado. Así pues, la OMS es financiada a través de aportaciones, ya sean obligatorias o

---

[78] Datos obtenidos de la página web de la OMS, disponible en http://origin.who.int/about/finances-accountability/funding/voluntary-contributions/es/. Consultado el 25/02/2020.

facultativas, para poder existir y desplegar sus funciones, por lo que una reducción en el número de miembros implicaría, igualmente, una disminución en los recursos de la organización pues, si bien es cierto que las aportaciones voluntarias constituyen el más importante ingreso, también es un hecho que un alejamiento por parte de los países respecto a las políticas de la organización afectaría notoriamente en esos ingresos voluntarios y, con ello, en la viabilidad de la OMS.

III. Recomendaciones de la OMS

Las funciones de la OMS que, como ya se ha dicho, están orientadas hacia la investigación y prevención en materia de salubridad, tienen como finalidad básica y esencial la de promover la salud en tanto derecho humano así como *"condición fundamental para lograr la paz y la seguridad"*[79] entre las naciones.

Para asegurar la consecución de estos objetivos, el artículo 19 de la Constitución de la OMS reconoce no solo la potestad, sino la autoridad de la Asamblea de la Salud para adoptar tanto convenciones como acuerdos dentro de su competencia que, además, se dicen ser obligatorios para los Estados miembros, de tal forma que en el contexto de lo establecido en el artículo 23 de ese mismo texto, la Asamblea posee la autoridad para hacer recomendaciones a los Estados miembros.

Esta previsión supone que, si bien los Estados tienen la facultad para aprobar dichos conciertos, también se crea la apariencia de que, desde el momento en que son aceptados no se convierten en meros avisos, consejos o propuestas de la OMS, sino que se transforman en instrumentos de imperativo cumplimiento para dichos Estados. Llegados a este punto, es fundamental distinguir las convenciones o acuerdos, de las recomendaciones, pues la propia OMS los diferencia al hablar de estas figuras en dos artículos diferentes de su Constitución –las convenciones y acuerdos están mencionados en el artículo 19, mientras que las recomendaciones están previstas en el artículo 23-.

[79] Preámbulo de la Constitución de la OMS.

Esta distinción de conceptos provoca una circunstancia que guarda un notorio interés, pues la autoridad reconocida a la Asamblea para adoptar convenciones, acuerdos y recomendaciones, aunado al hecho de la apariencia de obligatorio cumplimiento evidencia una realidad muy importante en el escenario presidido por el nuevo coronavirus, ya que la falta de conocimiento por parte de los países pero, también, por parte de la organización encargada de velar por la salud en cuanto al COVID-19, supone adoptar medidas prácticamente a ciegas que, a pesar del desconocimiento, parecerían que deben ser cumplidas. Por este motivo, surgieron los lineamientos de restringir la libertad de movimientos de las poblaciones, de tal manera que se paralizase la vida en la calle abogando por un encierro de las personas en sus casas. Aunado a ello, también se emitieron las recomendaciones del uso de mascarillas y guantes por parte de la población cada vez que saliera a la calle, considerándose innecesaria, posteriormente, la utilización de guantes[80].

Para comprender lo que representa en sí la figura de las recomendaciones es importante partir de la Sentencia del 8 de diciembre de 1995 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Caballero Delgado y Santana vs Colombia, en la que se realizó una interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969 respecto a las recomendaciones; ello derivado de la desaparición de dos activistas a raíz de su detención por parte del ejército colombiano.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió recomendaciones al gobierno colombiano debido a la apariencia de inactividad en cuanto a investigaciones que pudieran arrojar luz sobre el paradero de Caballero y Santana y, con ello, se vulneraban los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial.

---

[80] Isidro Caballero Delgado era dirigente sindical, mientras que María del Carmen era miembro del Movimiento 19 de Abril.

En este contexto, la CIDH determinó, literalmente, que el término recomendaciones debe ser *"interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado"*[81]. Así pues, el resultado que se obtiene a partir de esta interpretación es que las convenciones y los acuerdos son unas figuras internacionales muy diferentes de las recomendaciones.

Desde el inicio de la alarma sanitaria originada por la aparición del SARS-CoV-2, se ha considerado, prácticamente de manera generalizada, que las recomendaciones de la OMS deben ser cumplidas, sin embargo esto es un error interpretativo que desemboca en una atribución mayor de facultades a esta organización de las que realmente tiene.

El hecho de que la OMS decidiera recomendar el aislamiento de las poblaciones o la implementación de medidas como el uso de mascarillas o guantes, no representa una obligatoriedad de cumplimiento para los Estados miembros. En este sentido, hubo naciones que parecieron comprender perfectamente esta distinción conceptual, como Suecia o los Países Bajos, del mismo modo que también hubo Estados como España o Italia que, prácticamente como si de mandatos divinos se tratara, siguieron a pies puntillas esas recomendaciones de la OMS.

Las estadísticas ponen de manifiesto que el número de infectados por COVID-19 en Suecia, a día 01 de junio de 2020, es de casi 37.814 personas, así como el número de fallecidos por el nuevo coronavirus en el país nórdico es de 4.403. Por su parte, estas mismas cifras en los Países Bajos arrojan a la misma fecha, 46.545 personas infectadas y 5.962 fallecidos. Estas estadísticas se confrontan con la radical realidad de España, en la que el número de personas contagiadas a 01 de junio

---

[81] Véase el punto 67 de la Sentencia 8 de diciembre de 1995 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia.

de 2020 es de más de 240.000, mientras que el número de decesos es de 27.127; mientras que, por su parte, Italia presenta a la misma fecha la cantidad de más de 233.000 infectados y 33.475 fallecidos.

IV. Replanteamiento del protagonismo de la OMS en el escenario internacional

La extraordinaria situación acontecida en China en diciembre del año 2019 a raíz de la aparición del nuevo virus SARS-CoV-2 o COVID-19 ha puesto sobre la mesa toda una serie de cuestiones de gran importancia a la hora de analizar la normativa, los medios, los protocolos y las medidas adoptadas ante una pandemia que no ha tenido precedentes similares desde épocas lejanas como la Edad Media. Si bien es cierto que el surgimiento de una serie de virus como el MERS, o el H1N1 demostraron la importancia de la investigación y adopción de pautas preventivas en la salud contemporánea, la aparición en el escenario mundial del COVID-19 ha evidenciado la necesidad de continuar un camino de protección pero también de necesidad de reformas.

No cabe duda de que el COVID-19 ha provocado un cambio radical en la vida diaria de las sociedades que ha afectado en múltiples y muy importantes aspectos. Un mundo globalizado, en el que las interrelaciones de toda naturaleza entre países no solo son frecuentes sino necesarias, ha visto cómo de un momento a otro ha tenido que cerrar no solo fronteras internacionales terrestres, sino también aéreas, marítimas y delimitaciones territoriales internas, aislando a la población en sus propios domicilios como medio más adecuado para contener la propagación.

1. El deficiente conocimiento de nuevas enfermedades: la crisis del COVID-19

Como se ha explicado a lo largo del presente capítulo, la OMS cuenta tanto con un estatus como con unas funciones que hacen de ella un órgano esencial en la protección de la salud.

Los artículos 21 y 23 de su Constitución reconocen una serie de facultades absolutamente esenciales en casos como el acontecido con el COVID-19, de tal manera que puede adoptar reglamentos para determinar requisitos sanitarios, procedimientos de prevención de propagación de la enfermedad y tiene la autoridad para hacer recomendaciones a los Estados miembros con la finalidad de establecer políticas en relación a la salud.

En este sentido, la OMS ha recomendado una serie de medidas que, en la realidad, han evidenciado la incertidumbre en relación a lo que es en sí el COVID-19, pues lejos de asegurar la forma de su contagio y lejos de confirmar su tratamiento, las políticas de la OMS, a través de su Asamblea, se han reducido a enarbolar la bandera del autoaislamiento como único medio eficaz de control de la pandemia, así como lavarse las manos con frecuencia[82]. Es así que las sociedades de todo el mundo se han visto obligadas a permanecer encerradas confiando en que esta medida es, supuestamente, la más efectiva para evitar los contagios por SARS-CoV-2, sin embargo, la implementación de este método no ha generado excesiva confianza entre la población debido al desconocimiento inicial respecto de la enfermedad, a lo que habría que sumarse las políticas y lineamientos de actuación que, en muchas ocasiones, han estado presididas por vaivenes –como si de veleta agitada por el viento del instante se tratase- en cuanto a las prácticas a llevar a cabo pues, como ya se señaló, el hecho de recomendar la utilización de mascarillas o cubrebocas, así como guantes para, posteriormente, eliminarlas como medidas de protección y, seguidamente, establecer la obligatoriedad de las primeras, no ha generado sino incertidumbre, malestar, una tremenda desconfianza en las instituciones y una importante molestia en gran parte de la población, provocándose así, nuevamente, esa sensación de duda respecto a las funciones y responsabilidades de las

---

[82] Véase la información disponible en la página web de la OMS, en su apartado *Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19): orientaciones para el público*, disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public. Consultado el 25/05/2020.

autoridades en cuanto a un deficiente e incluso dudoso manejo de la información[83].

El ejercicio real de las facultades de la Asamblea de la OMS parece haber brillado por su ausencia en un momento en el que más que nunca son esenciales. Los reglamentos en cuanto a requisitos sanitarios se han limitado a revisiones del Reglamento Sanitario Internacional del año 2005 cuyo objetivo es la prevención genérica de propagación

---

[83] Son múltiples las noticias en las que se apunta al hecho de que las cifras oficiales de contagiados y, especialmente, de fallecidos por el nuevo coronavirus SARS-CoV-2 o COVID-19 han sido adulteradas por las autoridades de los diferentes países afectados. A título de ejemplo, se pueden mencionar, entre muchas otras, las siguientes: Sevillano, Elena, *Cada país cuenta los muertos a su manera y ninguno lo hace bien*, El País, publicado el 30/03/2020, disponible en https://elpais.com/sociedad/2020-03-29/cada-pais-cuenta-los-muertos-a-su-manera-y-ninguno-lo-hace-bien.html, consultado el 31/03/2020; Vidal Liy, Macarena, *Wuhan despide a sus muertos entre la incertidumbre sobre su número*, El País, publicado el 03/04/2020, disponible en https://elpais.com/sociedad/2020-04-02/wuhan-despide-a-sus-muertos-entre-la-incertidumbre-sobre-su-numero.html, consultado el 04/04/2020; Wallace, Arturo, *Cómo se cuentan los muertos por coronavirus (y por qué las cifras oficiales no son comparables ni precisas)*, BBC, publicado el 17/04/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-52313544, consultado el 18/04/2020; Jordá, Carmelo, *Sanidad oculta la cifra total de contagiados de coronavirus en España y Simón dice que no quieren "distraer"*, Libertad Digital, publicado el 26/04/2020, disponible en https://www.libertaddigital.com/ciencia-tecnologia/salud/2020-04-26/sanidad-oculta-cifra-total-contagiados-coronavirus-espana-simon-dice-no-quieren-distraer-1276656568/, consultado el 27/04/2020; Del Rincón, Fernando, ¿Debe haber repercusiones legales por dar cifras fal*sas de afectados por covid-19?*, CNN, publicado el 20/04/2020, disponible en https://cnnespanol.cnn.com/video/coronavirus-covid19-cifras-contagios-fallecidos-jorge-castaneda-entrevista-fernando-del-rincon-conclusiones/#0, consultado el 21/04/2020; Ahmed, Azam, *Hidden toll: Mexico ignores wave of coronavirus deaths in capital*, The New York Times, publicado el 08/05/2020, disponible en https://www.nytimes.com/2020/05/08/world/americas/mexico-coronavirus-count.html, consultado el 09/05/2020; Montes, Juan, *Deah certificates point to much higher coronavirus toll in Mexico*, The Wall Street Journal, publicado el 08/05/2020, disponible en https://www.wsj.com/articles/death-certificates-point-to-much-higher-coronavirus-toll-in-mexico-11588957041, consultado el 09/05/2020.

internacional de enfermedades[84], de tal forma que se han hecho adecuaciones a través de varias reuniones.

La última reunión celebrada, hasta el momento, por el Comité de Emergencias para actualizar dicho Reglamento se llevó a cabo en la ciudad suiza de Ginebra el día 30 de abril de 2020 desde las 12:00 horas hasta las 17:45 horas, obteniéndose como resultado un asesoramiento para los países miembros de la OMS consistente en solicitar el apoyo a la propia organización, participar en iniciativas que posibiliten el acceso generalizado a suministros esenciales y documentar y compartir enseñanzas sobre la pandemia. Aunado a ello, la OMS también acordó fortalecer la preparación ante emergencias sanitarias y la colaboración para controlar el virus COVID-19, así como fomentar el desarrollo de una vacuna[85].

En vista de estas medidas, la concreción y detalle brillan por su ausencia, pues todo se orienta a un apoyo a la OMS como una especie de organizador o intermediario en cuanto a las medidas y avances que lleven a cabo los Estados miembros, lo cual hace dudar mucho acerca de las auténticas funciones de esta organización, toda vez que si los Estados miembros desarrollan avances científicos y médicos para controlar la epidemia ¿es realmente necesario contar con un organismo financiado por las diferentes naciones para que su papel se limite a decir que todos deben ayudarse?

La globalización actual hace imperiosa la necesidad de que todos los países colaboren entre sí, tal vez no debido a un ánimo altruista sino como consecuencia de la exigencia de contar con productos provenientes de

---

[84] El artículo 2 de la tercera edición del Reglamento Sanitario Internacional establece: *"Artículo 2 - Finalidad y alcance. La finalidad y el alcance de este Reglamento son prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales"*.

[85] Se pueden leer todas las medidas adoptadas en esta reunión en el enlace https://www.who.int/es/news-room/detail/01-05-2020-statement-on-the-third-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-(covid-19). Consultado el día 27/05/2020.

territorios ajenos que hagan que las diferentes sociedades dispongan de una serie de bienes y servicios que garanticen un adecuado nivel de vida.

Partiendo de este razonamiento, el hecho de que una organización financiada por terceros que reciben recomendaciones tan ambiguas, oscuras y vagas como la de recurrir a una colaboración internacional y a un apoyo solidario no parece ser algo suficientemente justificado para su existencia.

Sumado a lo anterior, las recomendaciones inciertas, volubles, inconstantes, mudadizas y vacilantes realizadas por la OMS a los Estados miembros tampoco han abonado en exceso para dotar de credibilidad a dicha organización; máxime cuando ni siquiera se consigue obtener información fidedigna y veraz por parte de esos Estados sujetos al lineamiento de compartir sus experiencias[86].

La necesidad de un conocimiento y preparación adecuados ante una posible enfermedad que es, precisamente, la principal función de la OMS ha demostrado no haberse cumplido. El desconocimiento del origen del COVID-19, unido al desconocimiento de otras cuestiones esenciales como su modo concreto de propagación han puesto sobre la mesa algo tan importante como preocupante, y es que al contrastar los objetivos y las funciones de la OMS con la realidad vivida a partir de la aparición del COVID-19 se evidencia la falta de cumplimiento efectivo por parte de esta organización.

Tal vez, este escenario de defecto de cumplimiento de funciones es el que la propia OMS reconoce implícita y escondidamente al recomendar a los Estados miembros que sigan apoyando a la organización, pues cuando existe confianza no es necesario solicitar el refrendo de la misma. Es así que, quizás, la propia OMS se ha percatado de su insuficiente y muy debatible actuación ante una situación que requería más que nunca de un protagonismo y liderazgo eficientes y visibles.

---

[86] Díez, Pablo, *China retrasó alertar sobre la neumonía mientras un estudio calcula ya 44.000 infectados*, ABC, publicado el día 28/01/2020. Disponible en https://www.abc.es/sociedad/abci-coronavirus-china-retraso-alertar-sobre-neumonia-mientras-estudio-calcula-44000-infectados-202001271823_noticia.html, consultado el 15/02/2020.

2. El criterio de distribución geográfica equitativa

Otro de los problemas que surgen en relación con la OMS y, más concretamente, respecto al Consejo Ejecutivo (Consejo), es que es preciso señalar que el criterio de distribución geográfica equitativa mencionado en el artículo 25 de la Constitución de la OMS como criterio de representatividad en el Consejo es algo que puede provocar una preponderancia de ciertas naciones a pesar de que teórica e inicialmente serviría, precisamente, para evitar ese predominio.

El principio de la distribución geográfica equitativa ya fue abordado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de su acuerdo A/37/378 del 11 de agosto de 1982, en su trigésimo séptimo periodo de sesiones, a la hora de valorar la validez de las recomendaciones hechas en el informe de la Dependencia Común de Inspección sobre la aplicación del principio de la distribución geográfica equitativa del personal de la Secretaría de las Naciones Unidas (A/36/407). Es fundamental considerar que esas recomendaciones realizadas a partir del acuerdo A/36/407 están orientadas a la cuestión de la contratación de personal atendiendo al principio de distribución geográfica equitativa, sin embargo, considerando que en la representatividad en el Consejo se utiliza ese mismo principio, serían extrapolables las conclusiones obtenidas, precisamente, porque se hace uso de la misma herramienta de medición para las dos situaciones. En esta línea argumentativa, en el propio acuerdo A/37/378 se establece, literalmente, que *"hay pocas pruebas que permitan afirmar que se haya producido una mejora mensurable o que se naya eliminado por completo el predominio de los nacionales de un grupo particular de países desarrollados que se ha venido manifestando en algunas ocasiones desde la creación de las Naciones Unidas"*[87], lo que permite poner sobre la mesa un debate acerca de la idoneidad de atender a un principio teórico de distribución geográfica equitativa como factor de representatividad cuando en la práctica dicho criterio puede ser transformado haciendo

[87] Punto 7 del acuerdo A/37/378 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de agosto de 1982.

uso de otras cuestiones como por ejemplo sería, en el caso del Consejo, el posible argumento de que no existan representantes suficientemente calificados en el país representado.

Este argumento de la falta de especialización fue reconocido, incluso, por la Asamblea General de las Naciones Unidas al señalar que *"el grupo de países desarrollados, con economía de mercado mantiene un predominio evidente en la composición del personal de los departamentos y oficinas"*[88], lo cual provoca una preponderancia que *"se debe a "la dificultad para encontrar a nacionales debidamente calificados de Estados Miembros no representados o insuficientemente representados y que estén disponibles para trabajar en la Secretaría e interesados en hacerlo"*[89].

La posibilidad de manipulación de este criterio y, por lo tanto, la factibilidad de que exista una preponderancia de ciertos países a la hora de obtener esa posición de representatividad se puede observar, por ejemplo, en la lista de Estados miembros del Consejo en el trienio 2014-2017 en comparación con los periodos 2018-2021 y 2020-2023, y es que, entre los representantes elegidos por la Asamblea en los años 2014-2017 se encuentran EEUU y China, lo cual se repite en el mandato de 2018-2021, a lo que habría que añadir que el mandato de Rusia de 2014-2017 también encuentra reiteración en el trienio 2020-2023 del mismo modo que la representatividad del Reino Unido estuvo presente en el periodo 2014-2017 siendo ejercitado, nuevamente, en los años 2020- 2023[90].

Así pues, en vista de los datos, se puede observar que, a pesar del criterio de distribución geográfica equitativa, existe cierta reincidencia

[88] Punto 8 del acuerdo A/37/378 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de agosto de 1982.

[89] Punto 9 del acuerdo A/37/378 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de agosto de 1982.

[90] Véane el apartado *"Composición del Consejo Ejecutivo"* publicado en la página web de la OMS y disponible en https://www.who.int/governance/eb/eb_composition/es/, consultado el 22/05/2020. También, el apartado *Miembros del Consejo Ejecutivo*, disponible en la página web de la OMS, disponible en https://apps.who.int/gb/gov/sp/composition-of-the-board_sp.html, consultado el 22/05/2020.

respecto a la presencia de determinados países en el Consejo, lo que evidencia la posibilidad de adulteración de un principio inicialmente objetivo que se convierte en elemento subjetivo y, por ende, susceptible de manipulación, con lo que se termina otorgando una mayor capacidad de representación de algunas naciones en el seno del propio Consejo.

Esta situación se aprecia, también, al contrastar los miembros directivos de la Secretaría con la composición del Consejo evidenciando de nuevo la tendencia a la preponderancia de ciertos países ya que, por ejemplo, la Subdirectora encargada de Enfermedades No Transmisibles y Salud Mental es rusa, así como el Director del área de Enfermedades Transmisibles es chino y la Directora General Adjunta para Operaciones Institucionales es británica[91], lo que pone de manifiesto que estos tres países no solo encuentran un predominio en cuanto a tiempos de designación en el Consejo, sino también en cuanto a miembros directivos.

En consecuencia, los lineamientos tendentes a una representatividad equitativa parecen no respetarse desde el momento en que existe prevalencia de ciertos países, lo cual es importante considerar toda vez que ese protagonismo puede incidir en las recomendaciones de la OMS.

En este sentido, resulta interesante relacionar las medidas de la OMS con la realidad vivida a partir del virus COVID-19, pues hasta este momento se ha incidido en el hecho de que las recomendaciones no han demostrado ser suficientemente claras ni efectivas, a lo que habría que añadir que dicha organización se ha opuesto a realizar investigaciones solicitadas por las diferentes naciones en relación al origen del nuevo coronavirus[92], así como también sus principales actuaciones se dirigen a solicitar de manera reiterada el apoyo a la OMS y a no utilizar el virus

---

91 Datos obtenidos del sitio web de la OMS disponibles en https://www.who.int/dg/leadership-team/es/. Consultado el 24/05/2020.

92 Griffiths, James, *Más de 100 países piden una investigación independiente sobre la pandemia de coronavirus*, CNN, publicado el día 18/05/2020, disponible en https://cnnespanol.cnn.com/2020/05/18/100-paises-piden-una-investigacion-independiente-sobre-la-pandemia-de-coronavirus/, consultado el 31/05/2020.

SARS-CoV-2 con fines políticos.

Llegados a este punto es importante considerar que, a día de hoy, aún existe controversia acerca de si el COVID-19 es un virus que proviene de la naturaleza o si se trata de un virus creado en un laboratorio que, por defectos en los protocolos de control de las instalaciones, se propagó hacia el mundo exterior[93], pues hay que recordar que dicho virus tuvo su primera manifestación en la ciudad china de Wuhan, la cual alberga un laboratorio P4 o nivel 4, es decir, un laboratorio de máxima seguridad en el que se estudian, analizan y manipulan patógenos de gran peligro para la salud[94].

El desconocimiento de la enfermedad, aunado a las dudas sobre su origen, las cuestionables medidas de la OMS y la apariencia de que dicha organización protege a China, han generado desconfianza en numerosos sectores, llegando incluso a la situación de que EEUU haya decidido retirar cualquier tipo de financiamiento a dicha organización[95].

Las sospechas y dudas también albergan un buen abono en el hecho de que el Director del área de Enfermedades Transmisibles de la OMS es chino; nacionalidad y cargo que podrían incidir en la falta

---

93 Así se reconoce en: Redacción Infobae, *El virólogo que ganó el premio Nobel por descubrir el VIH aseguró que el nuevo coronavirus fue creado en un laboratorio*, Infobae, publicado el día 27/04/2020, disponible en https://www.infobae.com/america/mundo/2020/04/27/el-virologo-que-gano-el-premio-nobel-por-descubrir-el-vih-aseguro-que-el-nuevo-coronavirus-fue-creado-en-un-laboratorio/, consultado el 28/04/2020; Millán Valencia, Alejandro, *Coronavirus | "No es una creación de laboratorio": cómo un grupo de científicos logró demostrar el origen natural del virus que causa covid-19*, BBC, publicado el día 06/04/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-52140543, consultado el 07/04/2020.

94 Uscanga Barradas, Abril, "El origen", *Emporio do direito*, Brasil, 2020, disponible en https://emporiododireito.com.br/leitura/el-origen Consultado el 21/05/2020.

95 Véanse Redacción BBC, *Trump contra la OMS el presidente suspende la financiación de EEUU a la organización por la gestión de la pandemia*, BBC, publicado el día 14/04/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52289020, consultado el 14/04/2020; y Pardo, Pablo, *EEUU se retira de la OMS*, El Mundo, publicado el día 30/05/2020, disponible en https://www.elmundo.es/internacional/2020/05/29/5ed163c621efa00e698b45a1.html, consultado el 30/05/2020.

de interés de la organización por potenciar las solicitudes de más de 100 países de llevarse a cabo una investigación independiente sobre el origen del COVID-19. Es así que, con las actuaciones de la OMS, no solo se podría decir que no existe esa representatividad geográfica equitativa propugnada toda vez que hay preponderancia de ciertos países, sino que además ese protagonismo puede afectar gravemente a sus funciones y objetivos que dieron origen a su creación, ya que con actos de apariencia protectora, lejos de investigarse las enfermedades, parece que se pretendieran ocultar.

En este sentido, es necesario recordar, también, que Taiwán afirmó que había avisado a la OMS de la presencia de un nuevo tipo de neumonía atípica que tenía epicentro en la ciudad de Wuhan antes de que se hubiera confirmado siquiera por China. Estos comentarios de la pequeña nación insular situada al este de China fueron rápidamente desmentidos por la OMS, sin embargo, pocos días después de esa réplica, el gobierno taiwanés hizo público el correo enviado a la organización, con fecha 31 de diciembre de 2019, emitido por su Centro para el Control de Enfermedades en el que se recogía lo siguiente:

> *"New resources today indicate that at least seven atypical pneumonia cases were reported in Wuhan, China. Their health authorities replied to the media that the cases were believed not SARS; however the samples are still under examination, and cases have been isolated for treatment.*
> *I would greatly appreciate it if you have relevant information to share with us.*
> *Thank you very much in advance for your attention to this matter.*
> *Best regards"*[96].

La evidencia del correo hecho público por el gobierno taiwanés, unido

---

[96] Contenido del correo proporcionado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Taiwán, publicado el 11 de abril de 2020 en las redes sociales de dicho Ministerio. Al respecto véanse los siguientes enlaces: https://twitter.com/MOFA_Taiwan/status/1248871736914767872/photo/1; https://twitter.com/mofa_taiwan?lang=es. Consultados el día 14/04/2020.

al desmentido por parte de la OMS, han hecho que los comentarios suspicaces hayan aumentado en relación tanto a las funciones reales de la organización, así como respecto a su conveniencia y a su supuesto interés de protección de China; y es que los casi inexistentes conocimientos de la enfermedad y la reticencia a llevar a cabo investigaciones independientes no hacen sino plantear más dudas que en nada benefician la posición de dicha organización. Además, el hecho de que, al mismo tiempo que EEUU suspendiera sus contribuciones a la OMS, China anunciase un aumento en los apoyos económicos que proporcionaría a esta organización tampoco parecen garantizar una independencia de ésta[97].

3. Los organismos nacionales de investigación

En la actualidad, todos los países cuentan con instituciones públicas dedicadas a la investigación científica entendida en el sentido más amplio de la palabra, de tal forma que a través de estos organismos se fomentan las áreas de estudio, análisis e innovación en la propia nación en cuestión. Así, a título de ejemplo, se puede mencionar que en México existe el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT); en España se cuenta con el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC); en Italia está el *Consiglio Nazionale delle Ricerche*; Francia cuenta con el *Centre National de la Recherche Scientifique*; en Reino Unido está el *Research Councils UK*; en Alemania se encuentra la Sociedad Alemana de Investigación (*Deutsche Forchungsgemeinschaft*); EEUU cuenta con el *National Science Foundation*; Brasil tiene el *Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico*, entre otros muchos ejemplos de organismos en los diferentes países. Asimismo, existen incluso organismos multinacionales

---

[97] Redacción Infobae, *China se acerca más a la OMS: anunció un aporte de 30 millones de dólares adicionales*, Infobae, publicado el día 23/04/2020, disponible en https://www.infobae.com/america/mundo/2020/04/23/china-se-acerca-mas-a-la-oms-anuncio-un-aporte-de-30-millones-de-dolares-adicionales/, consultado el 23/04/2020.

como, por ejemplo, el Consejo Europeo de Investigación, el cual está dedicado a la investigación en el ámbito de la Unión Europea desde el año 2007.

Junto a lo anterior, es igualmente preciso destacar que los países también cuentan con toda una serie de organismos sanitarios como, por ejemplo, el Consejo de Salubridad General, en México; la Agencia Española del Medicamento; los *Centers for Disease Control and Prevention* en EEUU; el *U.S. Department of Health & Human Services*; la Agencia Europea del Medicamento (a nivel de la Unión Europea); el Consejo Nacional de Salud en Brasil; el Consejo Federal de Salud, en Argentina; el Consejo Consultivo de Salud, en Chile; entre otros.

Considerando la naturaleza de estos organismos y sus funciones tendentes -en el respectivo ámbito de sus competencias- a la investigación, innovación y protección de la salud, el hecho de que exista un organismo a nivel mundial que se encargue, a costa de contribuciones de los diferentes Estados, de organizar y coordinar las informaciones y medidas de los países parece una justificación un tanto débil para su presencia, máxime cuando la crisis del nuevo coronavirus ha puesto de manifiesto la inexistente coordinación en cuanto a información –véase el aviso de Taiwán que fue silenciado-, de igual manera que se ha evidenciado la falta de coordinación en cuanto a medidas –cada país ha adoptado medidas diferentes en el sentido de que países como Suecia o Países Bajos ni siquiera recurrieron al aislamiento domiciliario-.

Con ello, se observa tanto la falta de practicidad, como la falta de liderazgo de la OMS pues, por una parte, los Estados ya cuentan en su estructura con organismos públicos de investigación cuyo propósito es lograr avances científicos e innovaciones, entre las cuales también están integrados los estudios en relación con la salud; así como por otra parte, países miembros de esta organización como Suecia o los Países Bajos se decantaron por políticas diferentes a las emitidas en las recomendaciones para afrontar el nuevo coronavirus, dejando en segundo plano las opiniones de la OMS. Es así que, si bien pueden surgir múltiples preguntas, tal vez los cinco cuestionamientos principales serían:

1) ¿Es realmente necesario un organismo mundial para potenciar avances en la salud cuando cada país cuenta con instituciones encargadas de esa misma área?
2) ¿No sería más idóneo que los Estados dedicaran mayor financiamiento a sus organismos nacionales que realizar aportaciones obligatorias o voluntarias a un organismo que, ante una pandemia, no ha sabido reaccionar?
3) ¿Qué beneficios proporciona a un Estado confiar en la OMS cuando se ha demostrado que la propia OMS ocultó el correo de alerta de Taiwán?
4) Si las funciones de la OMS están orientadas al estudio y prevención de enfermedades, entre las cuales se deben encontrar los nuevos virus, ¿qué utilidad real tiene la OMS cuando surgen virus en el escenario mundial de los cuales se desconoce, incluso, el modo de contagio?
5) ¿Qué certeza proporciona la OMS cuando las recomendaciones que emite en relación a una nueva enfermedad varían de un día para otro, generando una mayor incertidumbre en las sociedades de todo el mundo?

Las políticas de los diferentes países suelen tener un elemento en común: las críticas de la población nacional por falta de financiamiento a la investigación. Así pues, al valorar el papel de la OMS y su modo de financiamiento, tal vez, esas opiniones reprobatorias tengan un importante ingrediente de razón, pues las contribuciones señaladas o voluntarias que cada Estado miembro aporta a esa organización, quizás, sería más aconsejable dedicarlas a los organismos internos de investigación, innovación y desarrollo en lugar de destinarlas a un organismo coordinador que ha evidenciado su preocupante falta de utilidad en un momento en el que, seguramente, era el mejor para justificar su existencia.

V. Conclusiones

La aparición de nuevas enfermedades ha sido, históricamente, una realidad que modifica la vida de las diferentes naciones, hasta el punto de dar lugar a un antes y un después en el día a día de las sociedades que afecta, con mayor o menor incidencia, en los diferentes sectores.

Desde épocas lejanas, los virus han propiciado escenarios que, en ocasiones, facilitaron la consecución de ciertos objetivos –como la conquista española del territorio mexicano-, así como también complicaron extremadamente una adecuada y tranquila vida gregaria –Peste Negra-. En este sentido, la importancia que tiene la investigación y la prevención en el ámbito de la salud es absolutamente trascendental, por lo que resulta imprescindible no solo propugnar una seguridad de la población, sino que es necesario generarla de forma real y efectiva.

La OMS es, actualmente, el organismo encargado de hacer todo lo posible para propiciar ese escenario de garantía y tranquilidad en lo que a la salud se refiere, actuando como una organización integrada por múltiples Estados que realizan aportaciones obligatorias y, en su caso, voluntarias para conformar el presupuesto de este organismo que le permita llevar a cabo sus funciones.

La OMS, a través de sus diferentes órganos como la Asamblea Mundial de la Salud o el Consejo Ejecutivo, lleva a cabo funciones de coordinación entre Estados asentadas en la comunicación de información y en la promoción y realización de investigaciones en el área de la salubridad, haciendo uso tanto de su propio personal como apoyándose en la cooperación con instituciones de cualquier Estado miembro.

Un nivel adecuado de la salud de la población de un Estado no solamente redunda en la seguridad de sus habitantes, sino que también afecta a otra serie de cuestiones como, por ejemplo, la confianza de esa misma colectividad en sus autoridades.

El nuevo coronavirus que surgió en el mes de diciembre de 2019 en la ciudad china de Wuhan ha representado un enorme reto en el mundo globalizado actual, provocando aislamientos generalizados de la población en sus respectivos domicilios y, con ello, el cierre de fronteras terrestres, marítimas y aéreas de la práctica totalidad de las naciones.

El desconocimiento sobre el origen de esta nueva enfermedad ha generado tanta preocupación como disgusto, desagrado e, incluso, exasperación entre esa misma población que ha visto cómo de un día

a otro fue obligada a mantenerse aislada en sus respectivos hogares. Esta medida fue una de las primeras adoptadas por las autoridades a instancias de la OMS, quien posteriormente recomendó la utilización de mascarillas y el uso de guantes para evitar cualquier contacto con posibles superficies, líquidos u objetos que estuvieran contaminados, en vista del escenario presidido por un aumento constante y descontrolado de casos de personas infectadas con el virus COVID-19 a lo largo de múltiples naciones.

Algún tiempo después, la OMS emitió nuevas recomendaciones en cuanto a dejar de usar guantes y mascarillas, reservando tales circunstancias a aquellos sujetos que estuvieran en contacto directo con personas infectadas; no obstante, el incremento a nivel internacional de las estadísticas de infectados y fallecidos provocó que, días más tarde, la organización cambiase nuevamente de opinión para, en esta ocasión, recomendar, una vez más, la utilización de mascarillas.

Una de las funciones de la OMS es desempeñar una función investigadora continua en el campo de la salubridad, sin embargo, la realidad vivida a partir del nuevo coronavirus no parece poner de manifiesto que se lleve a cabo tal labor de una manera eficiente

Las informaciones más actuales al momento de la elaboración del presente capítulo señalan que es posible que China esté probando una vacuna contra el SARS-CoV-2, que EEUU ha realizado importantes avances en relación a su tratamiento o que México ya tiene previsto llevar a cabo la fase de prueba de una vacuna en el año 2021, sin embargo, llama poderosamente la atención el hecho de que en ninguna de esas noticias se especifica que la OMS haya tenido un protagonismo notable que permita creer que esta organización se encuentra, efectivamente, investigando acerca del nuevo coronavirus.

En vista de lo anterior, la idea que se crea en el imaginario colectivo es que la OMS parece estar esperando a que algún Estado descubra la vacuna contra el virus SARS-CoV-2 para, posteriormente, coordinar su difusión a nivel mundial; lo cual puede conducir a una interpretación muy subjetiva de este término, ya que ¿la coordinación implicaría que

se entregara esa vacuna de manera inmediata y gratuita a todos los países?; o ¿la coordinación simplemente se reduce a alentar un apoyo solidario entre Estados como si de buenos samaritanos se tratara, sin tener un papel activo tendente, por ejemplo, a compelir a esas mismas naciones a compartir sus hallazgos?; o ¿acaso la coordinación implicaría que parte de lo obtenido mediante las contribuciones fueran destinadas, por ejemplo, a la adquisición o puesta a disposición de cierto tipo de recursos como transporte y distribución de esas vacunas?

El surgimiento de una nueva enfermedad de incidencia mundial, unido a la que para muchos ha sido una muy discutible actuación por parte de la OMS, plantea un importante interrogante que puede generar, al igual que los virus y enfermedades de épocas pasadas, un cambio en la vida de la sociedad; más concretamente, una modificación en cuanto a organismos nacionales e internacionales y, con ello, una reestructuración institucional que potenciara la investigación intrafronteras en detrimento de financiamientos, apoyos y entes cuyas funciones encomendadas a través de instrumentos internacionales, parecen quedarse en papel mojado a la hora de la verdad.

Tal vez sea el momento de replantear múltiples aspectos de las diferentes realidades nacionales y es que, a pesar de que la OMS apele a la no utilización con fines políticos de la crisis derivada del COVID-19, es difícil, por no decir imposible, no analizar desde una perspectiva política la situación; análisis que necesariamente debe abordar el papel de esa organización en el escenario internacional, del mismo modo que se debe revisar desde una perspectiva social y económica.

Los efectos provocados por el nuevo coronavirus han sido –y aún son– tan notorios que no solo los expertos apuntan a una crisis económica mundial, sino que dichos efectos, a menos de 6 meses de la aparición del COVID-19, evidencian la quiebra de empresas transnacionales y los serios problemas de compañías de reconocido prestigio internacional.

Por otra parte, la integración representativa de la OMS no parece ser tal desde el momento en que hay asiduidad de ciertos Estados –por ejemplo, China-, máxime cuando se analiza la cronología de hechos

propiciados por el nuevo coronavirus y se vincula con una serie de datos reales y objetivos que, como mínimo, generan dudas razonables en torno a la actuación de la organización internacional.

Es preciso recordar, por lo tanto, que, en primer lugar, el COVID-19 surgió en China -más concretamente, en la ciudad de Wuhan-, lo cual no fue informado por las propias autoridades de este país asiático, sino que parece ser, en vista de las informaciones, que el gobierno taiwanés fue quien se percató de la existencia de una nueva enfermedad, dando aviso a la OMS acerca de ello. Continuando con la concatenación de hechos, la OMS, lejos de otorgar credibilidad a las informaciones llegadas desde Taiwán, no solo las desatendió, sino que además desmintió públicamente la existencia de dicho aviso. En tercer lugar se debe destacar que el gobierno taiwanés hizo público el correo de aviso enviado en diciembre de 2019 en el que, efectivamente, se alertaba sobre un nuevo tipo de neumonía, ante lo cual la OMS no hizo más que, inicialmente, guardar silencio y, posteriormente, pedir que no se utilizara con fines políticos la crisis del SARS-CoV-2; respuesta que, por cierto, se hace muy insuficiente teniendo en cuenta que las evidencias ponen de manifiesto un silencio por parte de la organización encargada de la salud que pudiera parecer, incluso, interesado.

Continuando con esta secuencia de hechos, se tiene como cuarto elemento la circunstancia de que el Director del área de Enfermedades Transmisibles de la OMS es de nacionalidad china, lo que genera aún más suspicacias debido a que el COVID-19 forma parte de ese tipo de enfermedades y, además, dicho virus surgió en China. Aunado a ello, en quinto lugar también es preciso considerar el hecho de que China decidió aportar 30 millones de dólares a dicha organización poco tiempo después de que EEUU anunciara el retiro de financiamiento a este organismo internacional[98], lo que genera más dudas acerca del

[98] Redacción El Economista, *China dona 30 millones de dólares a la OMS tras la suspensión de financiamiento de EU*, El Economista, publicado el día 23/05/2020, disponible en https://www.eleconomista.com.mx/arteseideas/China-dona-30-millones-de-dolares-a-la-OMS-tras-la-suspension-de-financiamiento-de-EU-20200423-0041.html, consultado el 25/05/2020.

papel protagonista que tiene China en la OMS; ello a pesar de que la Constitución de esta última aboga por una representatividad equitativa la cual, como ya quedó señalado, no es respetada.

Considerando esta cadena de situaciones, el presidente de EEUU, Donald Trump, ha manifestado de manera directa, sin disimulos y sin reservas, que la OMS *"es una marioneta de China"*, así como también ha afirmado que *"China tiene control absoluto sobre la OMS"*[99], lo cual significa un señalamiento sin tapujos tanto al país asiático como a la organización en cuanto al modo de abordar el nuevo coronavirus.

Solo el tiempo dirá cuáles son los efectos reales del COVID-19 o, tal vez, nunca se pueda llegar a delimitar con claridad sus consecuencias; casi de un modo similar a la incertidumbre que existe actualmente en cuanto a conocer el origen del virus, un tratamiento eficaz, lograr su control, determinar su modo de transmisión y obtener los datos de los fallecidos como consecuencia del SARS-CoV-2 sin dobles contabilidades, sin ocultamiento de certificados de defunción o sin cualquier otro tipo de práctica que pueda oscurecer el conocimiento de la verdad y que, precisamente y como se diría en el ámbito del ejercicio del Derecho, salvo error de apreciación parecen obedecer a fines políticos de organismos -tanto nacionales como internacionales-; curiosamente los mismos tipos de fines a los cuales la OMS pide no recurrir.

---

[99] Véanse al respecto: Bermúdez, Ángel, *Coronavirus: quién financia a la OMS y qué impacto tiene la orden de Trump de suspender las aportaciones de EEUU, el mayor contribuyente*, BBC, publicado el día 29/05/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52304822, consultado el 31/05/2020; Redacción El Economista, *Trump acusa a la OMS de ser "una marioneta de China"*, El Economista, publicado el día 18/05/2020, disponible en https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Trump-acusa-a-la-OMS-de-ser-una-marioneta-de-China-20200518-0090.html, consultado el 23/05/2020.

Bibliografía

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, Javier, *La Pamplona doliente, 1874-1940. Plagas, guerras y epidemias*, Bubok Publishing, Madrid, España, 2015.

ARISTÓTELES, *Política*, trad. Manuela García Valdés, Biblioteca Clásica Gredos, editorial Gredos, Madrid, España, 1988.

Comisión Mexicana sobre Macroeconomía y Salud, *Macroeconomía y salud. Invertir en salud para el desarrollo económico*, Secretaría de Salud, México, 2006.

GARCÍA FERRERO, Sara, *La gripe de 1889-1890 en Madrid*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2018.

IBARRA, Pedro y Unceta, Koldo (coords.), *Ensayos sobre el desarrollo humano*, Icaria editorial, Barcelona, España, 2001.

Hemerografía

ANDERSEN, Kristian; Rambaut, Andrew; Lipkin, Ian; Holmes, Edward y Garry, Robert, "The proximal origins of SARS-CoV-2", *Nature Medicine*, Núm. 26, abril, 2020.

ANÓNIMO, "Robert Webster, el hombre que descubrió la amenaza de la gripe aviar", *Magazine Kindsein*, Número seis, 2006.

ARABI, Yaseen; Balkhy, Hanan; Hayden, Frederick; Bouchama, Abderrezak, *et al.*, "Middle East Respiratory Syndrome", *The New England Journal of Medicine*, Vol. 376, Núm. 6, febrero, 2017.

BRATANICH, Ana, "MERS-CoV: transmission y el papel de las nuevas especies hospederas", *Revista Argentina de Microbiología*, Vol. 47, Núm. 4, diciembre, 2015.

CABALLERO, Uriel, "Medios de comunicación y el brote de gripe porcina. Una encuesta de opinión", *Revista Virtualis*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Núm. 2, julio-diciembre, México, 2010.

CARRILLO TRUEBA, César, "La conquista biológica de América", *Ciencias* núm. 23, julio-septiembre, UNAM, México, 1991.

CHILVERS, M.A.; McKean, M.; Rutman, A.; Myint, B.S. et al., "The effects of coronavirus on human nasal ciliated respiratory epithelium", *European Respiratory Journal*, Vol. 18, Núm. 6, diciembre, 2001.

DE GROOT, Raoul; Baker, Susan; Baric, Ralph; Brown, Caroline, et al., "Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus (MERS-CoV): Announcement of the Coronavirus Study Group", *Journal of Virology*, Vol. 87, Núm. 14, julio, 2013.

DIOMEDI PACHECO, Alexis, "La guerra biológica en la conquista del nuevo mundo. Una revisión histórica y sistemática de la literatura", *Revista chilena de Infectología*, vol. 20, núm. 1, Santiago, Chile, 2003.

GAYDOS, Joel; Top Jr., Franklin; Hodder, Richard y Russell, Philip, "Swine Influenza A Outbreak, Fort Dix, New Jersey, 1976", *Emerging Infectious Diseases*, Vol. 12, Núm. 1, enero, 2006.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carlos, "Influenza Aviar: etiología, epidemiología, vacunas y riesgo de pandemia", *Archivos Latinoamericanos de Producción Animal*, Vol. 15, Núm. 5, Calgary, Canadá, 2007.

KRAUSS, Scott y Webster, Robert, "Avian Influenza virus surveillance and wild birds: past and present", *Summarized from Avian Diseases*, Vol. 54, Núm. 1, Supplement, 2010.

KSIAZEK, Thomas; Erdman, Dean; Goldsmith, Cynthia; Zaki, Sherif, *et al.*, "A novel coronavirus associated with severe acute respiratory syndrome", *The New England Journal of Medicine*, Vol. 348, Núm. 20, mayo, 2003.

LEDERMANN, Walter, "El hombre y sus epidemias a lo largo de la historia", *Revista Chilena de Infectología,* Edición aniversario, Vol. 13, Santiago de Chile, Chile, 2003.

MEJÍAS ESTÉVEZ, Manuel José, Domínguez Álvarez, Rocío y Blanco Reina, Esperanza, "La pandemia de Gripe de 1918: Mitos y realidades desde la literatura científica", *Journal of negative & no positive results*, vol. 3, núm. 18, agosto, Madrid, España, 2018.

MENNI, Cristina; Valdés, Ana; Freidin, Maxim; Sudre, Carole, *et al.*, "Real-time tracking of self-reported symptoms to predict potential COVID-19", *Nature Medicine*, mayo, 2020.

Ministerio de Salud Pública, "Influenza, H1N1, ingreso en UTI: Internacional", *Boletín Epidemiológico Semanal*, Vol. 19, Núm. 40, octubre, La Habana, Cuba, 2009.

MIRÓ, Óscar; Rovira, Elisabet; Blanco, Antonio Jesús *et al.*, "Descripción clínica y epidemiológica de los primeros casos de la gripe nueva A (H1N1) atendidos en España", *Revista Científica de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, vol. 21, núm. 3, junio, España, 2009.

MOHD, Hamza; Al-Twfiq, Jaffar y Memish, Ziad, "Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus (MERS-CoV) origin and animal reservoir", *Virology Journal*, Vol. 13, artículo 87, junio, 2016.

MURILLO GODÍNEZ, Guillermo, "Recordando a la gripe española", *Medicina interna de México*, vol. 27, núm. 5, septiembre-octubre, México, 2011.

OBOHO, Ikwo; Tomczyk, Sara; Al-Asmari, Ahmad; Banjar, Ayman *et al.*, "2014 MERS-CoV Outbreak in Jeddah – A link to health care facilities", *The New England Journal of Medicine*, Vol. 372, Núm. 9, febrero, 2015.

Organización Mundial de la Salud, "Vigilancia de la distribución geográfica del personal sanitario en zonas rurales y zonas subatendidas", *Spotlight: estadísticas de la fuerza de trabajo en salud*, Departamento de Recursos Humanos para la Salud, Núm. 8, octubre, 2009.

PIRALLA, Antonio; Moreno, Ana; Orlandi, Maria Ester et al., "Swine Influenza A (H3N2) Virus infection in immunocompromised man, Italy, 2014", *Emerging Infectiuous Diseases*, Vol. 21, Núm. 7, julio, 2015.

PORTO, Silvia Marta, "Equidad y distribución geográfica de recursos financieros en los sistemas de salud", *Cadernos de Saúde Pública*, Vol. 8, Núm. 4, julio – agosto, Brasil, 2002.

RIUS I GILBERT, Cristina, "La peste a lo largo de la historia", *Revista Enfermedades Emergentes*, Núm. 3, Barcelona, España, 2019.

SÁNCHEZ-DAVID, Carlos, "La muerte negra. El avance de la peste", *Revista Med de la Facultad de Medicina*, Universidad del Bosque, Bogotá, Colombia, enero-junio, Vol. 16, Núm. 1, Bogotá, Colombia, 2008.

TALLEDO, Miguel y Zumaeta, Kattya, "Los virus influenza y la nueva pandemia A/H1N1", *Revista peruana de Biología*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Ciencias Biológicas, Lima, Perú, Vol. 16, Núm. 2, diciembre, 2009.

The WHO Mers-CoV Research Group, "State of knowledge and data gaps of Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus (MERS-CoV) in humans", *PMC. US National Library of Medicine National Institutes of Health*, noviembre, 2013.

USCANGA BARRADAS, Abril, "El origen", *Emporio do direito*, Brasil, 2020.

WARD, Kim; Sanders, David; Leng, Henry y Pollock, Allison, "Assesing equity in the geographical distribution of community pharmacies ins South Africa in preparation for a national health insurance scheme", *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, Vol. 92, Núm. 7, julio, 2014.

WEBSTER, Robert; Peiris, Malik; Chen, Honglin, y Guan, Yi, "H5N1 outbreaks and enzootic influenza", *Biodiversity*, Vol. 7, Núm. 1, Londres, Inglaterra, 2006.

Normativa

Acuerdo A/37/378 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de agosto de 1982.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 22 de julio de 1946.

Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, publicada en el Boletín Oficial del Estado (España), el día 15/03/2020.

Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, publicado en el Boletín Oficial del Estado (España), el día 20/05/2020.

Reglamento Sanitario Internacional de 2005.

Sentencias

Sentencia 8 de diciembre de 1995 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia.

Artículos periodísticos

AHMED, Azam, *Hidden toll: Mexico ignores wave of coronavirus deaths in capital*, The New York Times, publicado el 08/05/2020, disponible en https://www.nytimes.com/2020/05/08/world/americas/mexico-coronavirus-count.html, consultado el 09/05/2020.

BARRÍA, Cecilia, *Crisis económica por el coronavirus | Robert Schiller, nobel de Economía: "No existe una pandemia sino dos"*, BBC, publicado el día 25/05/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-52748371, consultado el 30/05/2020.

BERMÚDEZ, Ángel, *Coronavirus: quién financia a la OMS y qué impacto tiene la orden de Trump de suspender las aportaciones de EEUU, el mayor contribuyente*, BBC, publicado el día 29/05/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52304822, consultado el 31/05/2020.

DEL RINCÓN, Fernando, *¿Debe haber repercusiones legales por dar cifras falsas de afectados por covid-19?*, CNN, publicado el 20/04/2020, disponible en https://cnnespanol.cnn.com/video/coronavirus-covid19-cifras-contagios-fallecidos-jorge-castaneda-entrevista-fernando-del-rincon-conclusiones/#0, consultado el 21/04/2020.

DÍEZ, Pablo, *China retrasó alertar sobre la neumonía mientras un estudio calcula ya 44.000 infectados*, ABC, publicado el día 28/01/2020. Disponible en https://www.abc.es/sociedad/abci-coronavirus-china-retraso-alertar-sobre-

neumonia-mientras-estudio-calcula-44000-infectados-202001271823_noticia.html, consultado el 15/02/2020.

FRÍAS, Gabriela, *Mucho peor que la crisis financiera, el efecto económico por el covid-19*, CNN, publicado el día 04/04/2020, disponible en https://cnnespanol.cnn.com/2020/04/04/mucho-peor-que-la-crisis-financiera-el-efecto-economico-por-el-covid-19/, consultado el día 12/05/2020.

GARABETYAN, Enrique, *Especialistas advierten "epidemia" de estrés postraumático por la cuarentena*, Perfil, publicado el día 25/04/2020, disponible en https://www.perfil.com/noticias/ciencia/advierten-epidemia-de-estres-postraumatico-por-la-cuarentena.phtml, consultado el 31/05/2020.

GARCÍA, Guillermo, *La viruela y el sarampión fueron perfectos aliados en el éxito de conquista española de América*, Agencia SINC, publicado el 24/10/2012. Disponible en https://www.agenciasinc.es/Entrevistas/La-viruela-y-el-sarampion-fueron-perfectos-aliados-en-el-exito-de-conquista-espanola-de-America, consultado el 28/04/2020.

GRIFFITHS, James, *Más de 100 países piden una investigación independiente sobre la pandemia de coronavirus*, CNN, publicado el día 18/05/2020, disponible en https://cnnespanol.cnn.com/2020/05/18/100-paises-piden-una-investigacion-independiente-sobre-la-pandemia-de-coronavirus/, consultado el 31/05/2020.

JOHN HOPKINS UNIVERSITY, *COVID-19 Dashboard by the Center of Systems Science and Engineering (CSEE) al John Hopkins University (JHU)*, EEUU, disponible en https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6. Consultado el 20/05/2020

JORDÁ, Carmelo, *Sanidad oculta la cifra total de contagiados de coronavirus en España y Simón dice que no quieren "distraer"*, Libertad Digital, publicado el 26/04/2020, disponible en https://www.libertaddigital.com/ciencia-tecnologia/salud/2020-04-26/sanidad-oculta-cifra-total-contagiados-coronavirus-espana-simon-dice-no-quieren-distraer-1276656568/, consultado el 27/04/2020.

MANNARINO, Juan Manuel, *Restaurantes y bares en crisis por el coronavirus: "No sabemos cómo vamos a seguir"*, Infobae, publicado el día 04/04/2020, disponible en https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/04/restaurantes-y-bares-en-crisis-por-el-coronavirus-no-sabemos-como-vamos-a-seguir/, consultado el día 21/04/2020.

MILLÁN VALENCIA, Alejandro, *Coronavirus | "No es una creación de laboratorio": cómo un grupo de científicos logró demostrar el origen natural del virus que causa covid-19*, BBC, publicado el día 06/04/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-52140543, consultado el 07/04/2020.

MONTES, Juan, *Deah certificates point to much higher coronavirus toll in Mexico*, The Wall Street Journal, publicado el 08/05/2020, disponible en https://www.wsj.com/articles/death-certificates-point-to-much-higher-coronavirus-toll-in-mexico-11588957041, consultado el 09/05/2020.

PARDO, Daniel, *Avianca: cómo la crisis de coronavirus llevó a acogerse a la ley de bancarrota a la "aerolínea de bandera" de Colombia y la más antigua de América Latina*, BBC, publicado el día 12/05/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52627343, consultado el 13/05/2020.

PARDO, Pablo, *EEUU se retira de la OMS*, El Mundo, publicado el día 30/05/2020, disponible en https://www.elmundo.es/internacional/2020/05/29/5ed163c621efa00e698b45a1.html, consultado el 30/05/2020.

RAMOS, Juan Luis, *Aerolíneas mexicanas, en riesgo de quebrar*, El Sol de México, publicado el día 14/05/2020, disponible en https://www.elsoldemexico.com.mx/finanzas/aerolineas-mexicanas-riesgo-quiebra-aeromexico-interjet-volaris-vivaaerobus-crisis-coronavirus-5097380.html, consultado el día 17/05/2020.

REDACCIÓN ABC, *Las protestas contra el confinamiento en Estados Unidos pudieron apoyar a la expansión del virus*, publicado ABC, publicado el día 18/05/2020, disponible en https://www.abc.es/sociedad/abci-protestas-contra-confinamiento-estados-unidos-pudieron-ayudar-expansion-virus-202005182008_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F, consultado el día 28/05/2020.

REDACCIÓN BBC, *Trump contra la OMS el presidente suspende la financiación de EEUU a la organización por la gestión de la pandemia*, BBC, publicado el día 14/04/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52289020, consultado el 14/04/2020.

REDACCIÓN El Economista, *China dona 30 millones de dólares a la OMS tras la suspensión de financiamiento de EU*, El Economista, publicado el día 23/05/2020, disponible en https://www.eleconomista.com.mx/arteseideas/China-dona-30-millones-de-dolares-a-la-OMS-tras-la-suspension-de-financiamiento-de-EU-20200423-0041.html, consultado el 25/05/2020.

REDACCIÓN El Economista, *Trump acusa a la OMS de ser "una marioneta de China"*, El Economista, publicado el día 18/05/2020, disponible en https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Trump-acusa-a-la-OMS-de-ser-una-marioneta-de-China-20200518-0090.html, consultado el 23/05/2020.

REDACCIÓN Infobae, *China se acerca más a la OMS: anunció un aporte de 30 millones de dólares adicionales*, Infobae, publicado el día 23/04/2020, disponible en https://www.infobae.com/america/mundo/2020/04/23/china-se-acerca-mas-a-la-oms-anuncio-un-aporte-de-30-millones-de-dolares-adicionales/, consultado el 23/04/2020.

REDACCIÓN Infobae, *El virólogo que ganó el premio Nobel por descubrir el VIH aseguró que el nuevo coronavirus fue creado en un laboratorio*, Infobae, publicado el día 27/04/2020, disponible en https://www.infobae.com/america/mundo/2020/04/27/el-virologo-que-gano-el-premio-nobel-por-descubrir-el-vih-aseguro-que-el-nuevo-coronavirus-fue-creado-en-un-laboratorio/, consultado el 28/04/2020.

REDACCIÓN La Vanguardia, *Las protestas se extienden en EEUU contra las órdenes de confinamiento*, La Vanguardia, publicado el día 16/04/2020, disponible en https://www.lavanguardia.com/internacional/20200416/48566493314/las-protestas-se-extienden-en-eeuu-contra-las-ordenes-de-confinamiento.html, consultado el día 19/04/2020.

SALGADO, Miriam, *Las protestas contra el confinamiento en todo el mundo: antivacunas, conspiraciones y extrema derecha*, diario Público, publicado el día 19/05/2020, disponible en https://www.publico.es/internacional/protestas-confinamiento-protestas-confinamiento-mundo-antivacunas-conspiracionistas-extrema-derecha.html, consultado el día 23/05/2020.

SEVILLANO, Elena, *Cada país cuenta los muertos a su manera y ninguno lo hace bien*, El País, publicado el 30/03/2020, disponible en https://elpais.com/sociedad/2020-03-29/cada-pais-cuenta-los-muertos-a-su-manera-y-ninguno-lo-hace-bien.html, consultado el 31/03/2020.

VIDAL Liy, Macarena, *Wuhan despide a sus muertos entre la incertidumbre sobre su número*, El País, publicado el 03/04/2020, disponible en https://elpais.com/sociedad/2020-04-02/wuhan-despide-a-sus-muertos-entre-la-incertidumbre-sobre-su-numero.html, consultado el 04/04/2020.

WALLACE, Arturo, *Cómo se cuentan los muertos por coronavirus (y por qué las cifras oficiales no son comparables ni precisas)*, BBC, publicado el 17/04/2020, disponible en https://www.bbc.com/mundo/noticias-52313544, consultado el 18/04/2020.

Otra información

Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID 19 celebrada el 6 de mayo de 2020, disponible en https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---6-may-2020, consultado el 18/05/2020.

Correo proporcionado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Taiwán, publicado el 11 de abril de 2020 en las redes sociales de dicho Ministerio, disponible en los siguientes enlaces: https://twitter.com/MOFA_Taiwan/status/1248871736914767872/photo/1; https://twitter.com/mofa_taiwan?lang=es, consultados el día 14/04/2020.

Organización Mundial de la Salud, *Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019, consultado el 08/05/2020.

Organización Mundial de la Salud, *Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19): orientaciones para el público*, disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public, consultado el 25/05/2020.

Organización Mundial de la Salud, *Consejos para la población sobre el nuevo coronavirus (2019-nCoV): cuándo y cómo usar mascarilla*, disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks, consultado el 20/05/2020.

Organización Mundial de la Salud, *¿Deben ponerse sistemáticamente botas, delantales impermeables o monos como equipo de protección personal (EPP) los profesionales de la atención de salud que atienden a pacientes con infección presunta o confirmada por 2019-nCoV?*, disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-on-infection-prevention-and-control-for-health-care-workers-caring-for-patients-with-suspected-or-confirmed-2019-ncov, consultado el 20/05/2020.

Organización Mundial de la Salud, *Medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus*, disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public, consultado el 20/05/2020.

Organización Mundial de la Salud, *Miembros del Consejo Ejecutivo*, disponible en https://apps.who.int/gb/gov/sp/composition-of-the-board_sp.html, consultado el 22/05/2020.

Organización Mundial de la Salud, *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, disponible en https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses, consultado el 20/05/2020.

Recomendación de la Organización Mundial de la Salud, *Tratamiento clínico de infección humana por el virus A (H5N1) de la influenza aviar*, 15 de agosto de 2007, disponible en https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2010/Tratamiento-clinico-infeccion-humana-virus-A-H5N1-influenza-aviar.pdf, consultado el 23/02/2020.

Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene, *Recomendaciones sobre el uso de guantes y la toma de temperatura en la población general*, publicado el 11/05/2020, disponible en https://www.sempsph.com/es/noticias/118499-recomendaciones-sobre-el-uso-de-guantes-y-la-toma-de-temperatura-en-la-poblacion-general.html, consultado el 13/05/2020.

El análisis de casos que el lector encontrará en este libro sirve tanto como método de enseñanza como de investigación, tiene por objetivo comprender en su totalidad un fenómeno en particular desde las distintas áreas y perspectivas del derecho, así como pretende brindar las herramientas para la elaboración del estudio en concreto.

Entre sus aportaciones se incluyen la importante revisión y comentarios de sentencias, como el caso de la Colección Quimbaya de la Corte Constitucional Colombiana; el estudio de la racionalidad y la valoración de la prueba; la investigación de los modelos de relación de la subsunción y la ponderación; el examen del concepto de justicia y su implementación en las sociedades multiculturales; la exploración de la justicia electoral los mecanismos para erradicar la violencia política contra las mujeres; la observación de la ilicitud de la prostitución desde la perspectiva del carácter contractual de la prestación de servicios; y el análisis de casos de la relación entre México y Estados Unidos.

Esta obra titulada “El derecho en el análisis de casos: conflictos, razonamientos y decisiones”, es producto de la coordinación de importantes juristas de México y España y, sin duda, representará una valiosa adquisición para cualquier persona interesada en el estudio del Derecho.

9 786073 032575